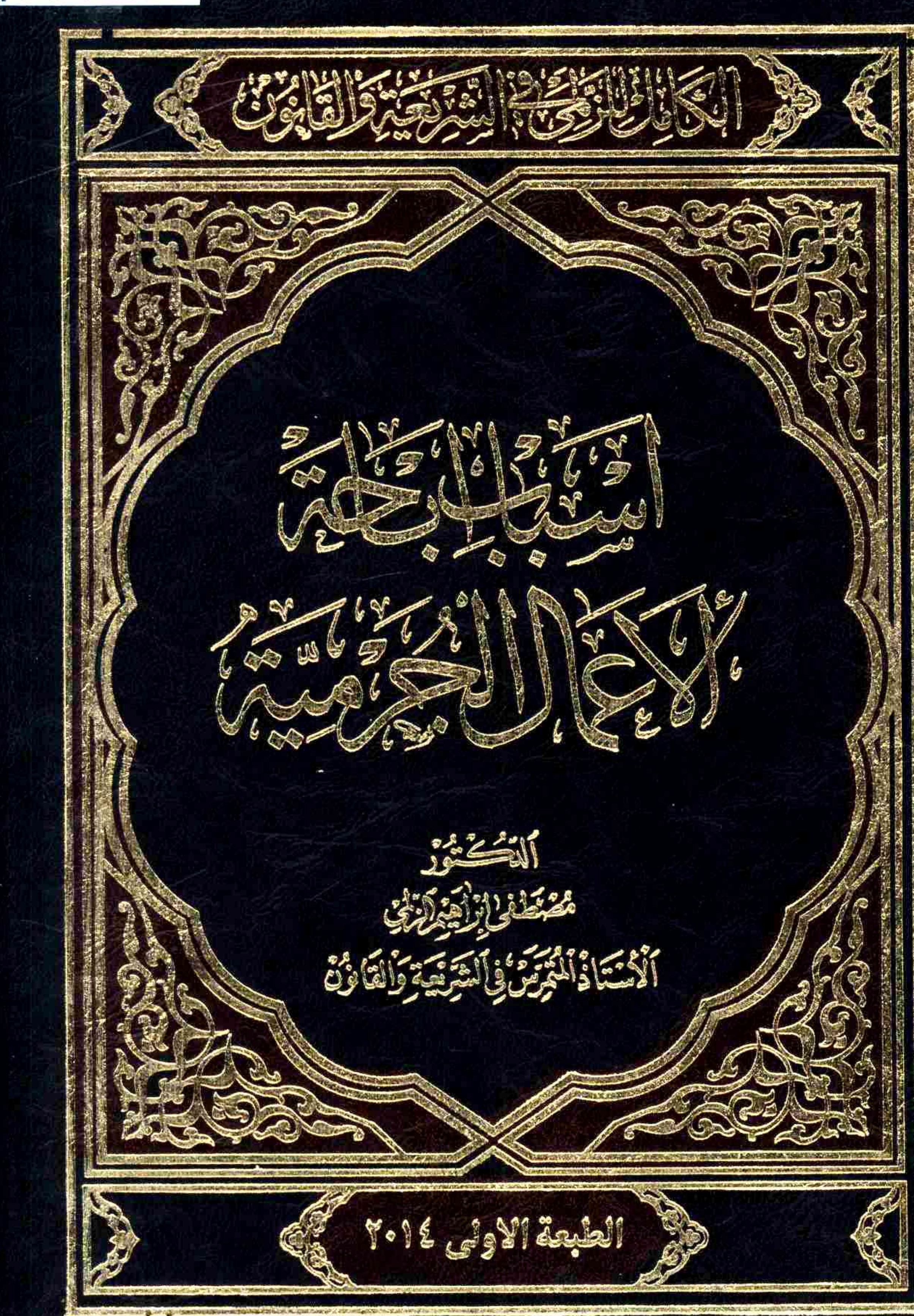

الكامل للزلمي في الشريعة والقانون
أسباب إباحة
الأعمال الجرمية
الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

أسباب إباحة
الأعمال الجرمية

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون



أسباب إباحة الأعمال الجرمية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي
رقم الإيداع : ٥٥٧- ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-964-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-964-349-021-5

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi

دار نشر احسان
للنشر و التوزيع

ايران - طهران
شارع انقلاب امام جامعة
طهران مجتمع فروزنده
رقم ٤٠٦

تلفن: ٠٠٩٨٢١٧٧٥١٤٢٥٥
فاكس:٠٠٩٨٢١٧٧٥١٤٢٥٤

www.nashrehsan.com

﴿ٱلشَّهْرُ ٱلْحَرَامُ بِٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ ۚ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾

سورة البقرة/١٩٤

((من قُتل دون ماله فهو شهيد، ومن قُتل دون أهله فهو شهيد، ومن قُتل دون دينه فهو شهيد، ومن قُتل دون دمه فهو شهيد))

الحديث الشريف

((الضرورات تجيز المحظورات))

القاعدة العامة



الفهرس

الفصل العاشر

الفصل الحادي عشر

الفصل الثاني عشر



المقدمة

الحمد لله القائل: ﴿وَلَوْلاَ دَفْعُ اللّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتْ الأَرْضُ وَلَكِنَّ اللّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾ [1].

والصلاة والسلام على الداعي إلى أن ((من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فأن لم يستطع فبلسانه ومن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)). [2]

وعلى اله وأصحابه الذين كانوا خير امة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر.

---

[1] سورة البقرة: ٢٥١.

[2] صحيح مسلم ، ج١ ، ص٦٩ ، رقم ٤٩



الأسباب الموجبة وخطة الدراسة

١/ الأسباب الموجبة:

الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع أسباب اباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون للدراسة كثيرة، أقتصر على بعض منها وهي:

أولا/ أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية كبيرة من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية يستفيد منه كل من يتعامل مع النصوص تشريعا وتفسيرا وتدريسا.

ومن الناحية العملية تُعين القاضي في اختيار قراراته وتحرياته لتطبيق العدالة.

وكذلك تُفيد السلطة التنفيذية في إصلاح الجاني عن طريق تنفيذ ملائم بعيد عن روح الإنتقام والثأر.

ثانيا/ عدم وجود مرجع في المكتبات المتيسرة ـ حسب ما أعلم ـ من المؤلفات التي تناولت دراسة جميع الجزئيات التي من شأنها أن تندرج تحت مفهوم هذا العنوان.

ثالثا/ محاولة رفع الخلط بين بعض المصطلحات ذات الصلة بالموضوع.

رابعا/ استعراض معايير واضحة تُميز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية، وموانع العقاب.

خامسا/ إزالة الشبهة بين مفهوم الدفاع الشرعي العام الخارجي وبين مفهوم الإرهاب في العصر الحديث.

سادسا/ دراسة الدفاع الشرعي العام الداخلي والخارجي، إضافة الى الدفاع الشرعي الخاص الداخلي الذي اقتصرت عليه القوانين الجزائية.

سابعا/ معالجة أحكام بعض المستجدات المكتشفة الحديثة في عالمي الطب الحديث والتكنلوجي المعاصر.

ثامنا/ اثبات ان الدفاع عن الحقوق والوقوف ضد الاجرام واجب كل انسان متمكن قادر عليه.

تاسعا/ بيان ان الاصل في الإسلام هو السلم، لانه مشتق منه، واستخدام العنف استثناء يُستعمل لدفع الشرّ قبل حدوثه ورفعه بعد وقوعه.

عاشرا/ معالجة أمور أخرى بالطرق الحديثة.

ب/ خطة دراسة الموضوع:

طبيعة الموضوع والإحاطة بأبعاده تقتضيان توزيع دراسته على اثني عشر فصلا:

الفصل الاول: اسباب الاباحة والموانع.

الفصل الثاني: الاعمال الجرمية في الشريعة الإسلامية.

الفصل الثالث: الدفاع الشرعي الخاص.

الفصل الرابع: الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة).

الفصل الخامس: الدفاع الشرعي العام الخارجي في ميزان الشرع والقانون.

الفصل السادس: استعمال الحق.

الفصل السابع: اداء الواجب.

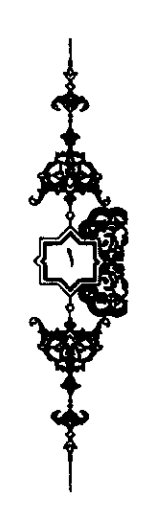
الفصل الثامن : مدى مشروعية الاعمال الطبية.

الفصل التاسع : الإجهاض بين الحظر والجواز.

الفصل العاشر : التلقيح الصناعي وتحديد النسل.

الفصل الحادي عشر : الإستنساخ والتعامل مع الجين البشري.

الفصل الثاني عشر : نماذج من أسباب الإباحة.



الفصل الأول

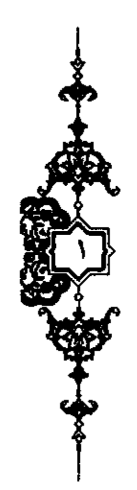
أسباب الإباحة والموانع

توزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث:

يخصص الأول للتعريف بالإباحة ولمصطلحات ذات الصلة.

والثاني لموانع المسؤولية الجنائية.

والثالث لموانع العقاب.





المبحث الأول
التعريف بالإباحة
والمصطلحات ذات الصلة بها

السبب في اللغة: ورد بعدة معان منها: الذريعة، ومنها الطريق، ومنها ما يتوصل به إلى غيره[١].

وفي الاصطلاح الشرعي: وصف ظاهر منضبط يرتب عليه الشارع حكما يتحقق بتحققه وينتفي بانتفائه[٢]، كالقرابة جُعلت سببا للميراث، وكالدفاع الشرعي جُعل سببا لإباحة الفعل الجرمي الذي يدفع به العدوان على الحياة أو العرض أو المال.

الإباحة: في اللغة مصدر أباح، وقد وردت بعدة معان منها: إظهار السر، يقال: أباح السرّ أي أظهره، ومنها: الإجازة مثل أباح الشيء أي أجازه.

الإباحي: من أجاز لنفسه وغيره العمل المنهي عنه وترك المأمور به، ومنها: الإحلال، يقال ابحتك الشيء أي أحللته، والمباح خلاف المحظور[٣].

وفي اصطلاح فقهاء الشريعة: الإذن بإتيان الفعل بحسب مشيئة الفاعل في حدود الإذن[٤].

وفي اصطلاح علماء اصول الفقه: هو مدلول خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين على وجه التخيير[٥]، كإباحة الاشياء النافعة في قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾.[٦]

وفي اصطلاح الفقه الجنائي له تعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد، هو تجريد

---

[١] الصحاح في اللغة والعلوم، مختار الصحاح للرازي مادة السبب.

[٢] جمع الجوامع لابن السبكي :١/٩٢.

[٣] لسان العرب فصل الباء حرف الحاء :٣/٢٣٩.

[٤] التعريفات للجرجاني، ص: ٤.

[٥] اصول الفقه في نسيجه الجديد للمؤلف، ص: ٢٢٠.

[٦] البقرة: ٥٧.

الفعل الجرمي من صفته الجرمية لسبب يُقره القانون[1].

ومن اهم أسباب الإباحة في القانون: الدفاع الشرعي، واداء الواجب، واستعمال الحق.

ومن اسباب الاباحة في الشريعة الاسلامية: الاسباب المذكورة، والاكراه، والضرورات في حقوق الله، كتعاطي المسكر في حالة العطش الشديد وعدم وجود الماء، والمتكلم بكلمة الكفر تحت ضغط الاكراه الملجىء، اما في حقوق الناس فالإكراه والضرورة من موانع المسؤولية الجنائية فقط.

الاباحة والمصطلحات ذات الصلة بها:

توجد بعض المصطلحات القانونية والفقهية لها صلة بالإباحة ولكن ليست مساوية للإباحة، واهمها ما يأتي:

أولا: الإباحة بمعنى التخيير:

الاباحة في علم اصول الفقه تساوي التخيير بين شيئين فأكثر، لكن الإباحة في القانون الجنائي تجريد الفعل من وصفه الجرمي لعذر قانوني، كما في الدفاع الشرعي.

والنسبة بين هذين المصطلحين العموم والخصوص من وجه، يجتمعان معا وينفرد كل منهما عن الآخر كما يأتي:

١- يجتمعان في حالة الدفاع عن مال، فهو لا يكون ضروريا بالنسبة للمدافع، لان الإباحة في هذه الحالة تُكيف بأنها ان شاء المدافع دافع عنه وان شاء صرف النظر عنه.

٢- تتحقق الإباحة بدون التخيير اذا كُيفت بالوجوب، لأنها تتحقق مع الجواز والمندوب والواجب، كما في حالات الدفاع عن الدين أو العرض أو الحياة اذا تعرض واحد منها للاعتداء، فيجب على كل متمكن ان يدفع الاعتداء بوسيلة مناسبة.

٣- يتحقق التخيير بدون الإباحة بالمعنى الجنائي اذا كان المخير فيه لم يُجرَّم في الاصل، كما في التخيير بالمعنى الاصولي في قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾.[2]

---

[1] الدكتور محمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية، ص: ٢٣٨.

[2] البقرة: ٥٧.

وجدير بالذكر ان النسبة بين المصطلحات مطلقا من حيث المفهوم والتحقق اربع وهي:

١. المساواة: بأن يكون المصطلحان متساويين (مترادفين) من حيث المفهوم والتحقق، كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ، فمفهوم كليهما هو ان العقد ينعقد صحيحا ولكن لا تترتب عليه الآثار (الحقوق والالتزامات) الا بعد الإجازة ممن يملك حق هذه الاجازة، فكلما تحقق العقد الموقوف تحقق العقد غير النافذ، وكذلك العكس كعقد البيع اذا كان احد المتعاقدين ناقص الاهلية، فترتب اثاره يتوقف على إجازة الولي أو اجازته اذا اصبح كامل الاهلية بعد العقد، وكتبرعات المريض مرض الموت بأكثر من ثُلث تركته، فالزيادة عن الثلث تتوقف صحتها على إجازة الورثة البالغين العاقلين بعد وفاة مورثهم[١].

٢. التباين: التباين بين مصطلحين هو ان لا يَصدق احدهما على كل ما يَصدق عليه الاخر، كالعقد الباطل والعقد الصحيح، فهما متباينان من حيث المفهوم، لأن العقد الباطل هو الذي تخلف ركن من اركانه أو شرط من شروط انعقاده. والعقد الصحيح هو الذي توافرت فيه اركانه وشروط انعقاده كافة، فلا يكون عقد معين في وقت معين باطلا وصحيحا معا.

٣. العموم والخصوص المطلق هو نسبة تكون بين مصطلحين يكون احدهما اعم مطلقا، أي يجتمع مع الآخر ويفترق عنه ويكون الآخر اخص مطلقاً، بحيث لا يتحقق بدونه كالعقد والتصرف القانوني، فكل عقد تصرف قانوني، وبذلك يكون هو الاخص، لأنه لا يتحقق بدونه، وقد يتحقق التصرف القانوني بدون العقد في تصرف قانوني يكون بارادة منفردة، كالوقف والوصية وغيرهما من التبرعات، وبذلك يكون هو الاعم مطلقا.

٤. العموم والخصوص من وجه أي كل منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر، فمن حيث انه يجتمع مع الآخر خاص ومن حيث انه يفترق عنه يكون عاماً، كالإباحة والتخيير في الحالة الاولى التي سبق ذكرها، وكالمال والحق الشخصي يجتمعان في الدَين الذي يكون بذمة الغير ويتحقق المال بدون الحق الشخصي في الحق العيني كالملكية، كما يتحقق الحق الشخصي بدون المال في تمتع كل من الزوجين بالآخر.

---

[١] ولا يعتد بالاجازة في حالة حياة المورث استبعادا للأكراه الادبي.

ثانيا: الإباحة ورفع المؤاخذة (رفع المسؤولية الجنائية):

رفع المؤاخذة أي رفع المسؤولية الجنائية عن الانسان اذا ارتكب جريمة في حالة عذر مانع من المسؤولية الجنائية كالصغر والجنون والنوم والاكراه والنسيان.

قال الرسول ﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[١]، أي رفعت المؤاخذة (المسؤولية الجنائية) عن الانسان اذا ارتكب الجريمة عن خطأ أو نسيان، أو كان ارتكابها تحت ضغط الإكراه، فهو لا يُسأل جنائياً لعدم توفر القصد الجنائي الذي هو عنصر رئيس من العناصر الثلاثة للجريمة، وهي الركن المادي والركن الشرعي[٢] والركن المعنوي، وقد قال الرسول ﷺ ((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يبلغ أو حتى يحتلم))[٣]، والمراد بالقلم ايضا المسؤولية الجنائية، لكن كل واحد من هؤلاء يُسأل مدنيا أي عن التعويض اذا ألحق ضرر بالغير، لأن القصد الجنائي غير مطلوب في المسؤولية المدنية التقصيرية التي عناصرها ايضاً ثلاثة، وهي: (العمل غير المشروع+ الضرر+ علاقة السببية أي بين الفعل والضرر بأن يكون الثاني ناتجا من الأول).

وبناء على ذلك تكون النسبة بين الإباحة ورفع المؤاخذة عموم وخصوص مطلق من حيث التحقق، فاذا تحققت الإباحة يتحقق رفع المؤاخذة، لأن القائم بالفعل المباح لا يُسأل لا جنائيا ولا مدنيا، ولكن رفع المؤاخذة يتحقق بدون الإباحة، كما في أكل مال الغير بدون اذنه في حالة الاضطرار، حيث يجب على الآكل دفع التعويض لصاحب المأكول اذا طالب به، والنسبة بينهما العموم والخصوص مطلقا.

فالإباحة اخص مطلقا، فكلما تحققت يتحقق رفع المؤاخذة دون العكس الكلي، فكل سبب من اسباب الإباحة اخص مطلقا من كل مانع من موانع المسؤولية الجنائية كما يأتي، لان

---

[١] سنن ابن ماجه، ج١،ص ٦٥٩، رقم ٢٠٤٣، و سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص٨٤، رقم ١١٢٣٦، موارد الظمآن، ج١، ص٢٦٠، رقم ١٤٩٧.

[٢] اركان الجريمة في الشريعة والقانون ثلاثة وهي:
ا ـ الركن المادي وهو عملية تنفيذ الجريمة.
ب ـ الركن الشرعي وهو وجود نص شرعي أو قانوني حرم الفعل الجرمي قبل ارتكابه لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).
ج ـ الركن المعنوي وهو القصد الجنائي.

[٣] سنن البيهقي الكبرى :٨٤/٦. موارد الظمآن : ص ٣٦٠.

سبب الإباحة يرفع المسؤوليتين الجنائية والمدنية، لانه يُجرد الفعل من صفته الجرمية ويُحوله إلى المباح، وعلى سبيل المثل من أتلف مال الغير دفاعا عن نفسه في حالة اعتداء هذا الغير عليه، لا يُسأل جنائيا فلا يُعاقب ولا يُسأل مدنياً فلا يطالب بالتعويض، لأن الإتلاف اصبح مباحا باعتداء مالكه، مادام هذا الاعتداء لا يُدفع الا بإتلاف ذلك المال.

ثالثا: الإباحة والذرائع:

الذرائع سدها وفتحها من المصادر الكاشفة للأحكام الفقهية في الشريعة الاسلامية.

والذريعة في اللغة: الوسيلة مطلقا.

وفي الاصطلاح: اعطاء الوسيلة حكم غايتها من المشروعية وعدم المشروعية، وغاية كل وسيلة نتيجتها وهدفها وعلتها الغائية.

ولكل حدث يقوم الانسان باستحداثه بارادة حرة مدركة هادفة اربع علل:

العلة الفاعلة، والعلة المادية، والعلة الصورية، والعلة الغائية.

وعلى سبيل المثل الكرسي الذي يصنعه النجار من الخشب، فالنجار علة فاعلة، والخشب علة مادية، وهيئة الكرسي بعد اكماله عله صورية، والجلوس عليها علة غائية .

والعلة الفاعلة للاحكام الشرعية السلطة التشريعية الالهية، ومفردات النصوص الشرعية علة مادية، وتركيبها علة صورية، وغايتها المصلحة البشرية من المنفعة المستجلبة والمضرة المستدرأة.

وكذلك العلة الفاعلة للاحكام القانونية هي السلطة التشريعية الوضعية الزمنية، وعلتها المادية مفردات النصوص، وعلتها الصورية تنظيم النصوص وتركيبها، والعلة الغائية تنظيم حياة المجتمع الذي يخضع لتلك الاحكام.

والاحتمالات المتصورة للوسائل وغاياتها من حيث الاباحة وعدمها اربعة، وهي:

١- كل من الوسيلة وغايتها مشروعة، كمنح الجوائز لطلبة الاوائل لدفعهم إلى المنافسة في التفوق العلمي.

٢- كلتاهما غير مشروعة، كالاتفاق الجنائي بين شخصين فاكثر على ارتكاب جريمة.

٣- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة، كمن وهب لامرأة مالا لغرض بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة رغم كونها مشروعة في ذاتها، الا انها تصبح غير مشروعة وباطلة لعدم مشروعية غايتها.

٤- الوسيلة غير مشروعة في حد ذاتها ومشروعة في غاياتها، كالعقوبات البدنية والمالية، فهي غير مشروعة من حيث ذاتها لما فيها من ضرر الجاني واسرته ومجتمعه، ولكنها مشروعة في غايتها وهي حماية ارواح الناس واموالهم واعراضهم وامنهم واستقرارهم، لذا اقرتها الشرائع السماوية والقوانين الوضعية .

رابعا: الإباحة والجواز:

الإباحة الأصلية والجواز الشرعي الأصلي يتحققان معا في كل شيء نافع وفقا للقاعدة العامة (الأصل في الأشياء النافعة الإباحة)، كصيد الاسماك والطيور والحيوانات الوحشية والاحتطاب في الغابات والانتفاع بالاحجار في الجبال وبالمياه في الانهار والبحار، مما لم يقم دليل على خلاف ذلك، والإباحة الاصلية تختلف عن الشيوعية، لأن الثانية مبنية على قيام الملكية والاولى تكون قبل تملك الاموال المباحة تملكا عاما للدولة أو خاصا للأفراد.

لذا كل جائز أصلي (أي لغير عذر) مباح لا يُسأل فاعله لا جزائيا ولا مدنيا، فمن حفر بئرا في حديقته أو بستانه فوقع فيها مال للغير وتلف، فالحافر لا يكون مسؤولا عن هذا التلف، لا جزائيا ولا مدنيا وفقا للقاعدة الشرعية والقانونية، أي الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان،[١] بخلاف الجواز الشرعي الاستثنائي لعذر، فانه لا ينافي الضمان، فيُسأل الفاعل مدنيا عن التعويض، لكن لا يُسأل جزائيا لوجود العذر. وعلى سبيل المثل من اكل مال غيره بدون اذنه تحت ضغط حالة الضرورة والحاجة، جاز له ذلك استثناءً لإنقاذ حياته، لكن لا يُصبح المال مباحا له، فلا يُعفيه العذر المذكور عن مسؤولية التعويض، فاذا طالب به صاحب المال يجب عليه دفعه له، بناءً على قاعدة: (الاضطرار لا يُبطل حق الغير)،[٢] لأن الجواز كان رخصة على أساس العذر ولم يتحول الاكل إلى المباح لسبب الضرورة، لانها من موانع المسؤولية الجزائية وليست من اسباب الإباحة.

وبناء على هذا التحقيق فان قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات)[٣] يجب ان تُبدل بقاعدة: (الضرورات تجيز المحظورات)، لأن الجواز اعم مطلقا من الإباحة، فكل مباح جائز وليس كل جائز مباحا لما ذكرنا.

---

[١] مجلة الاحكام العدلية المادة (٩١).

[٢] المجلة المادة (٣٣).

[٣] المجلة المادة (٢١).

المبحث الثاني
موانع المسؤولية الجزائية

المانع وصف ظاهر منضبط (موضوعي)[1] يحول دون ترتب الحكم على سببه.[2]
والموانع اما ان تُجرد فعل الجريمة من صفته الجرمية فتكون من اسباب الإباحة، أو يبقى الفعل مُحتفظا بصفته الجرمية رغم وجود الموانع، فتكون من موانع المسؤولية الجزائية، وهي موضوع هذا المبحث.
وموانع المسؤولية الجزائية من حيث طبيعتها ثلاثة أقسام، لأنها أما شخصية لا إرادية كالجنون والصغر، أو شخصية إرادية كالسكر، أو خارجية مؤثرة على الإرادة دون الإدراك كالاكراه والضرورة. لذا توزع موانع المسؤولية الجزائية على ثلاثة مطالب:

---

[1] أي لا يختلف بأختلاف الزمان والمكان والاشخاص كالجنون فأنه مانع من صحة تصرفات الجنون في القضايا المدنية ومانع من المسؤولية الجنائية في المسائل الجزائية.

[2] بناء على قاعدة :(اذا اجتمع المانع والمقتضى يقدم المانع)، فالبيع سبب مقتض للحقوق والالتزامات، فاذا كان أحد العاقدين مجنونا لا تترتب هذه الاثار على البيع لأنه باطل. فالجريمة سبب للمسألة الجنائية فاذا كان الفاعل مجنونا فالجنون مانع من مساءلته جنائيا.

المطلب الأول
الموانع الشخصية اللاارادية

وهي نوعان: ذاتي (الصغر) وعرضي (الجنون).

النوع الأول: الصغر وأثره في المسؤولية الجزائية

ومن البدهى أن الإنسان بعد ولادته يمر بثلاث مراحل:

١ـ مرحلة ما قبل التمييز، وسن التمييز في التشريعات العراقية في القضايا المدنية اكمال السابعة[١] من العمر، وفي المسائل الجزائية اكمال التاسعة[٢] من العمر في التشريعات العراقية، اما في الشريعة الاسلامية فمعيار التمييز هو العقل في القضايا الجزائية والمدنية.

والتصرفات المدنية لغير المميز باطلة أجازها الولي أم لا، وأعماله غير الشرعية اذا كانت مدنية يجب التعويض في ماله، وإذا كانت جزائية لا يُسأل عنها جزائيا، فيكون الصغر في هذه المرحلة مانعا من مساءلة الصغير جزائيا ومن عقابه. لكن يُسأل مدنيا فيجب التعويض في ماله إذا أتلف مال الغير وتجب الدية على عاقلته إذا قتل شخصا.

٢ـ مرحلة التميز بين الدخول في الثامنة في المدني والعاشرة في الجزائي وبين اكمال الثامنة عشر، فتصرفاته الضارة ضررا محضا كالتبرعات باطلة مطلقا، أجازها الولي أم لا، وتصرفاته النافعة نفعا محضا صحيحة مطلقا أجازها الولي أم لا كقبول التبرعات، وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ـ كالمعاوضات ـ موقوفة على إجازة الولي.

---

[١] المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المادة (٩٧/٢) (سن التمييز سبع سنوات كاملة).

[٢] م٤٧ قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (٧٦) ل١٩٨٣ (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت أرتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره). وحدد هذه السن قانون العقوبات دون التفرقة بين المسائل المدنية والمسائل الجزائية. المغربي م١٣٨ بـ(١٢) سنة والليبي م٨ بـ(١٤) سنة والجزائري م١٠ بـ(٩) والاردني م٩٤ والكويتي م١٨ بـ(٧) سنوات.

وإتلافه لأموال الناس توجب التعويض في ماله، وفي اعماله الاجرامية يُسأل جزائيا ويُعاقب بعقوبات مخففة متدرجة في ضوء قربه وبعده من سن الرشد، وهذه العقوبات اصلاحية أكثر من ان تكون عقابية وانتقامية، وفي مرحلة كمال الاهلية يُسأل مساءلة جزائية كاملة إذا ارتكب جريمة ما لم يكن هناك مانع من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون، وسن الرشد في القانون العراقي المتأثر بمذهب أبي حنيفة والإمام مالك أكمال الثامنة عشر من العمر.[1]

النوع الثاني: الجنون وأثره في المسؤولية الجزائية:

الجنون آفة تصيب الدماغ وتحمل على الإقدام على ما يُخالف مقتضى العقل من غير ضعف في الأعضاء.

وهو إما أصلي كأن يولد شخص ويبلغ مجنونا لنقصان جُبِل عليه، وهذا النوع لا يُرجى شفاؤه وزواله عادة، أو عارضي (طارئ) يُصاب به الإنسان بعد البلوغ لسبب ذاتي أو خارجي، وهو من حيث مدى تأثيره إما كُلي يفقد المصاب به تمييزه وإدراكه في كل شيء وفي جميع الحالات، أو جزئي يكون تأثيره من ناحية معينة وفي ما عداها يملك القوى العقلية. ومن حيث الاستمرارية اما مطبق وهو الجنون المستمر أو متقطع تتخلله فترات الإفاقة.

ومن حيث التزامن مع الجريمة أما سابق على ارتكابها فهو غير مانع إذا زال قبل الارتكاب، أو متأخر عنها فيكون مانعا عن استمرارية الاجراءات القضائية والعقاب، أي مانع من العقاب إذا استمر إلى الموت، وغير مانع من المسؤولية الجزائية لأنه إذا زال قبل الموت تستمر الاجراءات ضده وتبدأ من نقطة التوقف.

وإذا كان الجنون مقارنا بأن يكون مرتكب الجريمة مجنونا حين ارتكابها، ففي هذه الحالة يكون مانعا من المسؤولية الجزائية وبالتالي مانعا من العقاب.

ولكن تجب الدية على عاقلته إذا كانت الجريمة قتلا والتعويض في ماله إذا كانت الجريمة مالية[2].

---

[1] المادة (١٠٦) من المدني العراقي القائم.

[2] خلافا لأبن حزم الظاهري حيث يرى أن عديم الأهلية كالبهائم لا يسأل عن أعماله غير المشروعة لا جزائيا ولا مدنيا.. المحلى لأبن حزم ١٠ /٣٤٤.

المطلب الثاني
الموانع الشخصية الإرادية

نسبة وجود هذا القسم قليلة من الناحية العملية. ومن أهم تطبيقاته السكر بالطرق المشروعة، كأن يتعاطى المسكر في حالة الضرورة كالعطش الشديد والجوع الشديد، بحيث يتعرض حياة العطشان أو الجوعان للخطر لو لم يتناوله أو يتعاطاه، أو يجهل انه مسكر أو انه حرام، ويُسميه القانون السكر غير الاختياري،[1] وكالسكر الاختياري تعاطي كل شيء يحدث الخلل في العقل.

أما السكر الاختياري وبطريقة غير مشروعة فإنه لا يُعد مانعا ولا ظرفا مُخففا، فيسأل جزائيا عن الجريمة المرتكبة في حالة السكر، كما يُسأل عنها لو ارتكبها في حالة الصحو، بل يُعتبر ظرفا مشددا إذا توقع انه يرتكب جريمة بعد السكر[2].

---

[1] ولم يفرق بعض قوانين العقوبات العربية بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية، منها قانون العقوبات السوداني حيث نصت م٤٩ على انه: (لا جريمة في فعل يرتكبه الصغير الذي تقل سنه عن السابعة) وم٥٠ (لا جريمة في فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكاب الجريمة القدرة على ادراك ماهية افعاله والسيطرة عليها بسبب الجنون الدائم أو المؤقت والعاهة العقلية أو السكر الناشئ من أية مادة تعاطاها رغم ارادته أو على غير علم منه بها) و م٥١ (لا جريمة اذا وقعت برضاء المجنى عليه) و م٥٣ (في ما عدا القتل العمد والجرائم التي تُعاقب عليها الدولة بالاعدام، لا يُعد الفعل جريمة وقعت تحت ضغط الاكراه).

والصواب في كل ما ذُكر أن يقال لا يُسأل جزائيا، حيث أن أي سبب من الأسباب المذكورة لا يُعد من أسباب الإباحة حتى يُقال لا جريمة.

[2] المادة (٦١) من قانون العقوبات العراقي القائم.

المطلب الثالث
الموانع الخارجية المؤثرة
على الإرادة دون الإدراك

ومن اهم هذه الموانع الإكراه والضرورة، والإكراه ضغط غير مشروع من شخص على آخر يحمله على القيام بعمل أو الامتناع عنه دون رضاه.

والضرورة في الفقه الإسلامي هي العذر الذي يجوز بسببه اجراء الشيء الممنوع[١].

وفي القانون عُرفت بتعريفات منها انها (مجموعة من الظروف تُهدد شخصا بخطر وتوحي اليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل اجرامي معين)[٢]، واقترح ان تُعرف بانها (ظرف يُعرض شخصا لخطر يُجبره على دفعه بوسيلة غير مشروعة).

وهذان العذران تأثيرهما في الأعمال غير المشروعة كالآتي:

أ ـ في حقوق الله المحضة من أسباب الإباحة.

ب ـ في الحقوق المالية الخاصة من موانع المسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية.

ت ـ وفي جرائم القصاص والدية تأثيرهما مختلف فيه[٣] والراجح انهما من الظروف المخففة[٤].

المقارنة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية:

١ـ موانع المسؤولية الجزائية عوارض شخصية تتعلق بشخص الجاني سواء كانت ذاتية كالصغر أو طارئة كالجنون أو خارجية تصيب الإرادة دون الإدراك كالإكراه والضرورة، بينما في أسباب الإباحة الفاعل يتمتع بإرادة حرة وإدراك تام، كما في حالات الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق، ويأتي تفصيلها في الفصول القادمة، بإذن الله.

---

[١] درر الحكام في شرح مجلة الاحكام للأستاذ علي حيدر ص١٥٨.

[٢] شرح قانون العقوبات ـ القسم العام، د.محمود نجيب حسني، ص٤٥٨.

[٣] كما يأتي في موضوع جرائم القصاص والدية في الفصل القادم ص١٥٥.

[٤] وللاطلاع على مزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية.

٢- موانع المسؤولية لا تمس الفعل المادي الجرمي ولا تجرده من صفته الجرمية بل الفعل يبقى جريمة قائمة خاضعة للنص الشرعي الذي جرمه، ولا فرق بين قتل فاعله شخص عديم التمييز وقتل فاعله شخص بالغ عاقل مختار من حيث الصفة الجرمية. في حين أن أسباب الإباحة تتوجه إلى الفعل المادي مباشرة وتُجرده من صفته الجرمية وتُحوله إلى عمل مباح وتُخرجه من كونه مشمولا بالنص الذي جرّمه.

٣- في أسباب الإباحة الفاعل يمارس حقه الشرعي والقانوني، كما في الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال، أما في موانع المسؤولية الجزائية فأن الفاعل يعتدي على حق الغير في حياته أو ماله أو عرضه أو نحو ذلك، إلا أنه لا يُسأل جزائيا لكونه معذورا بعذر يُعفيه عن المساءلة الجزائية والعقاب.

٤- موانع المسؤولية الجزائية لا تُعفي الجاني من المسؤولية المدنية التقصيرية، وبوجه خاص في الشريعة الاسلامية، يكفي في الخطا الذي هو احد عناصر هذه المسؤولية الركن المادي وهو الاخلال بواجب شرعي أو قانوني، ولا يُشترط توافر ركنه المعنوي وهو ادراك المُخل بانه اخل بواجب شرعي (أو قانوني)، فعناصر المسؤولية التقصيرية في الفقه الاسلامي العمل غير المشروع الضار، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، سواء كان الفاعل كامل الاهلية أو عديم الاهلية.

ولكن اسباب الاباحة تعفي الفاعل من كلتا المسؤوليتين (الجزائية والمدنية) لصيرورة الفعل الجرمي إلى عمل مباح حيث يعود الفعل إلى ما كان عليه قبل تجريمه.

٥- مانع المسؤولية الجزائية شخصي، لا يعفي من المسؤولية غير من قام به، فاذا قتل مجنون وعاقل معا شخصا بريئاً، يُسأل العاقل عن هذه الجريمة كما لو ارتكبها منفردا.

بخلاف سبب الاباحة فانه يستفيد منه كل شريك وكل من يُقدم المساعدات والتسهيلات للفاعل الاصلي، وعلى سبيل المثل في الدفاع الشرعي، كما لا يُسأل الفاعل الاصلي وهو المدافع لا جزائيا ولا مدنيا، لا يُسأل كل من شاركه في الدفاع أو قدم له العون والتسهيلات، لان سبب الاباحة موضوعي وليس ذاتيا.

٦- من حيث الاجراءات القضائية: يجب على نائب المدعي العام أو قاضي التحقيق (أو المحقق العدلي) غلق الدعوى اذا كان سبب ارتكاب الجريمة من اسباب الاباحة، واطلاق سراح المتهم وعدم احالته إلى قاضي الموضوع والمحكمة المختصة لعدم جدوى

هذه الاحالة.

في حين ان من يتوافر فيه مانع من موانع المسؤولية الجزائية، قد يحال إلى المحكمة المختصة للتأكد من وجود المانع، وبوجه خاص اذا عارضه المجني عليه أو ورثته، كمن يرتكب جريمة ويدعي انه كان مجنونا أو مُكرها أو مُضطرا أو نحو ذلك وقت ارتكابها.

وبناء على هذه الفروق الجوهرية بين اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجزائية، تكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق بحسب التحقق، رغم تباينهما بحسب المفهوم والماهية، ففي كل حادثة جرمية اذا تحقق سبب الاباحة يكون هذا السبب في نفس الوقت مانعا من المسؤولية الجزائية، كما في حالة الدفاع الشرعي، لكن قد يتحقق المانع من المسؤولية الجزائية كالجنون أو الصغر بدون ان يكون سبباً للاباحة.

المبحث الثالث

موانع العقاب

مانع العقاب عذر قانوني يعفي الجاني من العقاب أو يخففه أو يبدله واهمها:

١ـ موت الجاني: اذا كانت العقوبة بدنية أو متعلقة بشخص الجاني، لأنه محل العقوبة فاذا انتفى ينتفي التنفيذ.

اما اذا كانت مالية كالدية في الشريعة والغرامة والمصادرة في القانون، فلا تسقط بموت الجاني لان محلها مال وهو باق. لكن اذا مات من حكم عليه بالقصاص قبل تنفيذه هل تجب الدية بدلا من القصاص؟ المسألة خلافية بين فقهاء الشريعة، فمنهم من قال لا تجب[1] ومنهم من قال بوجوبها ولا مجال هنا للدخول في تلك التفصيلات.

٢ـ فوات محل القصاص فيما دون النفس. فمن حكم عليه بقطع يده اليمنى مثلا وتلفت اليد بآفة أو مرض أو بقصاص سابق يسقط القصاص، واذا فات بظلم فان عقوبة القصاص تنتقل إلى الظالم. ويرى البعض[2] ان محل القصاص اذا ذهب تحل محله دية هذا العضو. وبالتقادم في بعض القوانين.[3]

٣ـ توبة الجاني في بعض الجرائم مانعة من العقاب، نص القران الكريم على ذلك في ايات منها قوله تعالى في جريمة الحرابة: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.[4] فالمحارب اذا تاب قبل القدرة عليه أي قبل القاء القبض عليه سقط عنه عقوبات الاعتداء على الحقوق العامة (حقوق الجماعة) دون الحقوق الخاصة وكذلك في جريمة القذف التوبة تسقط عقوبة عدم قبول الشهادة

---

[1] كالحنفية والمالكية، مواهب الجليل ٢١٣/٧، والشافعية وروايتان لاحمد، التشريع الجنائي الاسلامي ٧٧٢/١.

[2] كالحنفية البدائع ٢٩٨/٧،٢٤٩.

[3] كقانون العقوبات الليبي حيث نصت المادة (١٠٧) منه على انه (تسقط الجنايات بمضي عشرين سنة من يوم وقوع الجريمة، والجنح بعد مضي ثلاث سنوات، والمخالفات بمضي سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

[4] سورة المائدة: ٣٤

والفسق كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[١] وجدير بالذكر ان التوبة ليس لها أي تأثير في الحقوق الخاصة بل تبقى بذمة المدين إلى الوفاء أو الابراء أو المقاصة.

٤ـ الصلح فيما يجوز فيه الصلح كما في القصاص بموجب قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾[٢] والسلطان هو الخيار بين طلب تنفيذ القصاص والتنازل عنه والعدول إلى الدية، أو التنازل عن العقوبتين.

٥ـ العفو من المجني عليه أو من وليه أو من ولي الأمر في عقوبات يجوز فيها العفو فما كان من حقوق الله لا يجوز فيها العفو مطلقا.

٦ـ التقادم المسقط للعقوبة أقره قانون العقوبات العراقي في نطاق ضيق في المادة (٣٧٨): (لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي اجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر، ولا تُقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

أ ـ اذا قُدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب ـ اذا رضى الشاكي باستئناف الحياة الزوجية على الرغم من اتصال علمه بالجريمة.

ج ـ اذا كان الزنا برضاء الشاكي).

لكن في الشريعة الإسلامية المسألة خلافية بين الفقهاء، فمنهم[٣] من يرى أن الجريمة والعقوبة لا تسقطان مهما مضى عليهما الزمن، ما لم تكونا من التعازير، حيث تسقط الجريمة والعقوبة التعزيرتان اذا رأى من ذلك ولي الأمر تحقيقا للمصلحة العامة.

ومنهم[٤] من يرى سقوط العقوبات بالتقادم عدا عقوبات جرائم القصاص والدية وعقوبة جريمة القذف، على اساس ان الحق الخاص في هذه العقوبات هو الغالب على الحق العام، فحكمه حكم الحق الخاص المحض فلا يسقط بالتقادم.

---

[١] سورة النور: ٤،٥.
[٢] سورة الأسراء: ٣٣ .
[٣] كالامام مالك والامام الشافعي والامام احمد، التشريع الجنائي الاسلامي ١/٧٧٨.
[٤] كالامام ابي حنيفة، المرجع السابق ١/٧٧٩.

٧- الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة مانع من الاستمرار في الإجراءات الجزائية قبل صدور الحكم ومن تنفيذ العقوبة بعده، لكن إذا شفي قبل الموت يزول المانع ويرجع الممنوع بناء على قاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع).

٨- الشبهة في جرائم الحدود مسقطة للعقوبة، كالدخول في الزواج الفاسد أو تبدل العقوبة الحدية بعقوبة تعزيرية، كما في جريمة السرقة بين الزوجين، أو بين الأصول والفروع، أو بين الشريكين في المال المشترك، فبدلا من العقوبة الحدية (قطع اليد) يعاقب المتهم بعقوبة تعزيرية اذا توافرت الأركان والشروط وانتفت الموانع.

٩- إيقاف التنفيذ، للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه بجريمة عمدية، ورأت من أخلاقه وماضيه وسنه وظروف مما يبعث على الإعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة.

١٠- اخبار الجاني السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي: تنص المادة (٥٩) من قانون العقوبات العراقي القائم على أنه (يُعفى من العقوبات المقررة في المواد (٥٦، ٥٧، ٥٨) كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع أية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن أولئك الجناة، أما إذا حصل الإخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك، فلا يعفى من العقاب إلا إذا كان الإخبار قد سهل القبض على أولئك الجناة).

١١- التبليغ عن الجنايات المخلة بأمن الدولة في الخارج، يُعفى المبلغ المشارك في تلك الجنايات.

١٢- التبليغ عن جريمة الرشوة فأنه يؤدي إلى إعفاء الراشي أو الوسيط من العقوبة، إذا أخبر بها السلطات العامة بالجريمة أو أعترف بها قبل رفع القضية إلى القضاء.

الموازنة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب:

١- سبب الإباحة ينصب تأثيره على الركن الشرعي للجريمة بحيث يجعل الفعل الجرمي ذاته خارجا عنه وغير مشمول به بينما موانع العقاب ليس لها أي تأثير على أركان الجريمة، بل أثرها يقتصر على إعفاء الجاني من العقوبة أو تخفيفها أو تبديلها.

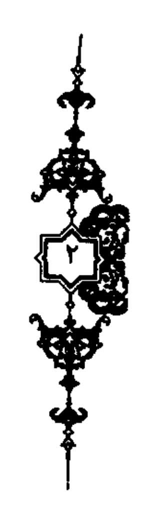
٢- أسباب الإباحة مقترنة بوقت ارتكاب الجريمة وتستمر حتى تنفيذها، أما مانع العقاب فإنه يحدث بعد ارتكاب الجريمة وبعد تحقق المسؤولية الجزائية.

٣- يمتد أثر سبب الإباحة إلى كل من ساهم مع الفاعل الاصلي من الشريك أو المقدم للتسهيلات أو نحو ذلك، فكما ان الدفاع الشرعي يُعفي المدافع من المسؤولية الجزائية والمدنية إذا توافرت أركان وشروط الدفاع وانتفت موانعه، كذلك يعفي كل من ساهم في هذا الدفاع أيا كانت طبيعة المساهمة، بخلاف مانع العقاب فلا يمتد أثره إلى غير من يتوافر فيه هذا المانع، وبالتالي يعاقب من ساهم مع الفاعل الاصلي في ارتكاب الجريمة كما لو ارتكبها وحده.

٤- يجوز الحكم بتدابير احترازية في حالة موانع العقاب ولا يجوز هذا الحكم في أسباب الإباحة.

٥- سبب الإباحة يُعفي من يتوفر فيه هذا السبب عن المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، بخلاف مانع العقاب فانه ليس له التأثير في هاتين المسؤوليتين، ما لم يكن المانع سببا من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية الجزائية، لأن النسبة المنطقية بين مانع العقوبة وبين كل سبب من أسباب الإباحة ومانع من موانع المسؤولية الجزائية عموم وخصوص مطلق، فكل سبب للإباحة أو مانع من المسؤولية الجزائية مانع من العقاب دون العكس الكلي.





الفصل الثاني

الأعمال الجرمية في الشريعة الإسلامية

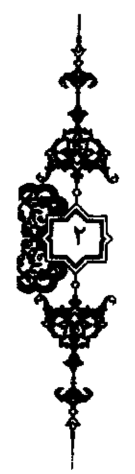
قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الإعمال الجرمية من حيث خطورتها والحق المعتدى عليه ومصادرها إلى ثلاثة أقسام رئيسة وهي:

جرائم الحدود.

وجرائم القصاص والدية.

وجرائم التعازير.

ويخصص لدراسة كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة مبحث مستقل لزيادة الإيضاح والفائدة.





المبحث الأول
جرائم الحدود

جرائم الحدود هي التي حُدد تجريمها وعقوبتها بالنص الشرعي، لذا سميت جرائم الحدود، والحق المعتدى عليه فيها أما حق عام (حق الله المحض)[١] أو حق مشترك بين الله وبين العبد، ولكن الحق العام فيها هو الغالب.

وأهم جرائم الحدود كما هو المعروف في الفقه الإسلامي سبعة أنواع وهي:

١ـ جريمة الزنا.

٢ـ جريمة القذف.

٣ـ جريمة السرقة.

٤ـ جريمة قطع الطريق (أو السرقة الكبرى).

٥ـ جريمة الردة.

٦ـ جريمة البغي.

٧ـ جريمة تعاطي المسكرات.

ونتناول هذه الجرائم السبع بإيضاح وجيز فيما يأتي:

اولا: جريمة الزنا:

قال سبحانه وتعالى في تحريم جريمة الزنا: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾.[٢] وقال سبحانه وتعالى في تحديد عقوبة هذه الجريمة الشنيعة: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلاَ تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنتُمْ

---

[١] وجدير بالذكر أن مصطلح الحق العام في القانون يقابله مصطلح حق الله المحض لأن الحق في الحالتين لا يعود إلى فئة معينة من الناس بل ينتفع به كافة الناس دون تخصيص. وكذلك الحق الخاص في القانون يقابله حق العبد (أو حق الناس) لأنه خاص بفرد أو جماعة محددة.

[٢] سورة الإسراء: ٣٢.

تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾[١]

وعقوبة الرجم لم ترد في القرآن الكريم، وإنما طبقها الرسول ﷺ على عدد قليل ممن ارتكبوا هذه الجريمة من المتزوجين والمتزوجات، طبقا لما ورد في التوراة وباقرار من الجاني ومطالبته بتطبيق حكم الله عليه، ثم حصل الخلاف بين علماء الإسلام في ان عقوبة الرجم هل هي باقية إلى جانب عقوبة الجلد، على أساس ان الاولى للمتزوج والمتزوجة، والثانية لغيرهما، أو أنها نسخت بآية: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾.[٢]

وإذا أخذنا بقول من قال بانها باقية كما هو رأي الجمهور، فإن بقاءها يكون كعدم البقاء من الناحية العملية ما لم تثبت الجريمة بشهادة أربعة رجال عادلين لا يوجد الخلاف بين افاداتهم ١٠٠٪. وأن لم تثبت بهذه الطريقة تتحول إلى جريمة تعزيرية لوجود الشبهة، ويعاقب الجاني بالعقوبة المقررة بالقانون، إذا ثبت بغير النصاب المذكور الذي نص عليه القرآن في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ الآية.[٣] وقد عالجها قانون العقوبات العراقي.[٤] وهذه الجريمة لا تتحول إلى عمل مباح مطلقا بأي سبب من الأسباب، ولكن تصبح رخصة في حالتي الإكراه والضرورة إذا توافرت شروطهما.

ثانيا: جريمة القذف:

وهي عبارة عن اتهام شخص (ذكر أو أنثى) بتهمة الزنا وهي أخص من جريمة القذف في القانون.[٥]

وقال سبحانه وتعالى في تجريم وعقاب هذه الجريمة لمنع ألسنة الناس من التطاول على

---

[١] سورة النور: ٢.

[٢] سورة النور : ٢ .

[٣] سورة النور : ٤ .

[٤] رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٥] في المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات العراقي نصت على (ان القذف إسناد واقعة معينة إلى الغير بإحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت أن توجب عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه ويعاقب من قذف غيره بالحبس وبالغرامة أو باحداهما).

الأعراض: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ[١] ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.[٢]

هذه الآية الكريمة نصت على ان من يتهم إنسانا شريفا عفيفا، ذكرا كان أم أنثى، بتهمة الزنا، ولم يستطع أن يثبت هذه التهمة بأربعة شهداء، فيعاقب بثلاث عقوبات: الأولى عقوبة بدنية أصلية وهي ثمانون جلدة، والثانية والثالثة عقوبتان معنويتان نفسيتان تبقيان، وهما عدم قبول شهادته ووصفه بوصمة عار الفسق واعتباره من الفاسقين في المجتمع، فلا يكون محل ثقة ولا أهلا لتحمل المسؤولية ولا أهلا لأن يلتزم بالتزام ديني أو دنيوي في المصالح العامة.

والاستثناء الوارد في هذه الآية: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ لا يرجع إلى العقوبة الأولى بإجماع الفقهاء، ولا تسقط بالتوبة لانها اعتداء على حق مشترك بين الله وبين العبد، فتجمع الجريمة اعتداءين، الاعتداء على حق الله (الحق العام) والاعتداء على حق المقذوف، فهذا الحق الخاص لا يسقط بالتوبة.

أما من حيث رجوعه إلى الثانية والثالثة فرأي جمهور الفقهاء استقر على أنه يرجع إلى كلتيهما، لكن خالفهم الحنفية فقالوا: يرجع إلى العقوبة الأخيرة فقط، بناءً على قاعدة أن القيد إذا دار بين القريب والبعيد يرجع إلى القريب، ولأن الاستثناء للضرورة والضرورات تُقدر بقدرها والضرورة تزول بالرجوع إلى القيد الأخير.

والراجح هو قول الجمهور، لعدم وجود مانع من الرجوع إلى كلتا العقوبتين، وقال سبحانه وتعالى في حكم القذف بين الزوجين: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ[٣] وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ[٤] عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[٥].

---

[١] أي الشريفات العفيفات.

[٢] سورة النور: ٤،٥.

[٣] بأن يتهمها بالزنا أو أن ينفي نسب أحد أولاده بأن يقول هذا الولد ليس مني.

[٤] في المصحف الشريف (ويدرؤا).

[٥] سورة النور: ٦،٩.

وجريمة القذف مطلقا سواء كان بين الزوجين أو غيرهما لا تقبل حكم الإباحة ولا تتحول إلى عمل مباح بأي سبب من الأسباب، والحكم المترتب على اللعان هو الفرقة بين الزوجين تلقائيا، ويفترقان بعد اكمال الاجراءات القضائية المذكورة أمام القضاء، لأن الشكوك تسربت إلى حياتهما الزوجية فلا تبقى الحكمة في الزواج وهي السكينة والرحمة والمودة.

ثالثا: جريمة السرقة:

وهي أخذ مال مملوك للغير قابل للتعامل في حرز مثله خفية، فمنع المالك من الانتفاع بملكه ليس سرقة وإنما هو غصب، وكذا أخذ مال مباح للكل كالسمك في نهر أو مال غير متقوم كالكلب الحارس واخذ مال في غير حرز مثله[١].

وقال تعالى في تحريم السرقة وتجريمها: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٢]، وقال تعالى في عقوبة السارق والسارقة: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾،[٣] ومن شروط تطبيق عقوبة قطع اليد في السرقات:

١- أن يكون السارق بالغا عاقلا مختارا غير مضطر.

٢- أن تثبت الجريمة بشاهدين أو بإقرار الجاني.

٣- الا توجد شبهة الحلال في المال المسروق، فلا قطع في السرقة بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الشريكين في المال المشترك، وانما تحل محل العقوبة المذكورة عقوبة تعزيرية.

والسرقة لا تكون مباحة بأي سبب من الاسباب، ولكن قد تكون رخصة كما في السرقة للمضطر والفقير الذي تكون حياته مهددة بخطر الجوع، فلا يُسأل جزائيا ولا يعاقب ولكن يُسأل مدنيا فيطالب بالتعويض.

---

[١] وحرز مثل كل شيء يختلف بأختلاف طبيعته، فحرز مثل السيارة مثلا الكراج.

[٢] سورة النساء: ٢٩، وجدير بالذكر أن أكل مال الغير بدون مبرر شرعي قد تكون مسؤوليته مدنية موجبة للتعويض كأكل المضطر مال الغير بدون اذنه، وقد تكون موجبة للعقوبة كالسرقة.

[٣] سورة المائدة: ٣٨.

رابعا: قطع الطريق (أو الحرابة أو الإرهاب):

وهي أخذ مال الغير بالقوة، أو قتل الأبرياء، أو مجرد الإرهاب وتخويف النـاس، سـواء أكان ذلك خارج حدود البلدية أو داخل المدينة، ما دام المجنى عليه لا يجد مـن ينقـذه من هذا الاعتداء الآثم، ولا يستطيع بنفسه أن يدافع عن نفسه وماله. قـال تعـالى في تجريم هذا الاعتداء وفي عقوبته: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ[1] أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ، إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ[2] فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[3]

وكلمة (أو) في هذه الآية ليست للتخيير وانما للتفصيل والتقسيم، فتقسم العقوبات على الجرائم بحسب حجمها وخطورتها. وجدير بالذكر أن احكام هذه الآية طبقت مرة واحدة في الإسلام على العرنيين، وهم من قبيلة قضاعة وقد اعتنقوا الإسلام وطلبوا من الرسول ﷺ العون المالي فسلمهم الإبل[4] مع الراعي لينتفعوا بها، فقتلوا الراعي ونهبوا الاموال وارتدوا عن الإسلام، وقد حرم الإسلام الصلب والتمثيل بالميت أيّا كان صنفه ودينه.[5]

ورغم ذلك فان هذه الآيات الواردة بصدد قطاع الطريق تصلح لأن تكون مصدرا لاعظم تشريع للضرب على أيدي الارهابيين والعصابات المفسدة والمعتدية على أرواح وأموال وأعراض الأبرياء، بل حتى ولو كانت الجرائم خالية من القتل أو أخذ المال ما دام الارهاب (التخويف) قائما.

وجريمة قطع الطريق لا تقبل ان تتحول إلى عمل مباح أيّا كان السبب، وهي جريمة

---

[1] تقطع اليد اليسرى والرجل اليمنى أو عكس ذلك.

[2] أي قبل القاء القبض عليهم بان سلموا أنفسهم للسلطة باختيارهم.

[3] سورة المائدة: ٣٣،٣٤. وفي نيل الاوطار للشوكاني (١٧٢/٧): عن أبن عباس في قطاع الطريق (إذا قتلوا وأخذوا المال قُتلوا وصُلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قُتلوا ولم يُصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قُطعت أيديهم، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نُفوا في الأرض). رواه الشافعي في مسنده.

[4] الظاهر أن الابل كانت لبيت المال.

[5] نيل الاوطار المرجع السابق.

وحيدة يُعاقب الجاني عليها في الدنيا وفي الاخرة، كما قال تعالى: ﴿ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾.

خامسا: جريمة الردة (الارتداد عن دين الإسلام):

نعوذ بالله، يكون بفعل أو قول يكفر به الانسان ويدل على الخروج عن الإسلام، وقد قال سبحانه وتعالى في حكم الارتداد: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾.[1] وهذه الجريمة اعتداء على حق الله المحض، لذا تصبح مباحة في حالات الإكراه الملجيء للضرورة اذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان، وقد نص القران الكريم على ذلك في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ، وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾.[2]

وقد ورد في الحديث الشريف: ((من بدل دينه فاقتلوه))،[3] هذا الحديث ورد بشأن بعض من المشركين اعتنقوا الإسلام واطلعوا على أسرار المسلمين، ثم ارتدوا والتحقوا باعداء الإسلام والمسلمين من المشركين، ثم ألقي القبض عليهم، فأمر الرسول بقتلهم لا لمجرد الارتداد وانما لخيانتهم العظمى، أي القتل ليس عقاباً حدياً وإنما عقاب سياسي، فلا تعارض بين هذا الحديث وبين سكوت القرآن عن قتل المرتد من جهة، وقوله تعالى: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ من جهة أخرى. وقد اقتصر القرآن على احباط عمله الصالح.

سادسا: جريمة البغي:

قال تعالى في بيان حكم هذه الجريمة: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[4].

---

[1] سورة البقرة: ٢١٧.

[2] سورة النحل: ١٠٦.

[3] صحيح البخاري، ج٦، ص ٢٥٢٧، رقم ٦٥٢٤.

[4] سورة الحجرات: ٩.

سابعا: جريمة تعاطي المسكرات:

جاء الإسلام وكان في كل بيت أو أكثر البيوت تصنع الخمور ويتعاطاها السواد الاعظم من الناس في مجالسهم الخاصة والعامة، بحيث اصبح الادمان في تعاطي المسكرات مرضاً اجتماعياً مزمناً لا يمكن القضاء عليه بغتة، بل لابد لمكافحته واستئصال جذوره من اتباع طريقة التدرج واستخدام الحكمة، لذا مهّد القران الكريم لمواجهة هذا المرض المزمن الخبيث الفتاك، الطريق المعبد والسبيل الميسر، باتخاذ اربع مراحل لمنعه بالنهي عنه نهيا مقتضاه التحريم القطعي، وهذا لا يعني ان الإسلام أقر اباحة تعاطي المسكرات في أية مرحلة من هذه المراحل، كما زعم الكثير فذهب إلى هذا الرأي الساقط وخلط بين التدرج والنسخ، فاعتبر المرحلة اللاحقة ناسخة للسابقة.

ووجه خطأ هذا الزعم اللامعقول هو تعليل التحريم والتجريم لتعاطي المسكرات في جميع الآيات الواردة بصدد هذا العمل الجرمي تعليلا واضحا صريحا في كل مرحلة من المراحل الأربع الآتية:

١ـ في المرحلة الأولى قال سبحانه وتعالى مخاطبا الإنسان في كل زمان ومكان: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾[١] فالقارئ الدقيق يجد في هذه المرحلة لمسة خفية واشارة عقلية ذكية إلى أن المسكرات بكافة انواعها قبيحة لذاتها، وأساس هذا القبح هو الضرر العقلي والصحي والاجتماعي والاقتصادي المكنون في المادة المسكرة وتعاطيها، ومن البدهي ان مدار حسن وقبح تصرفات الانسان في كل زمان ومكان هو النفع والضرر، فكل نافع لذاته حسن لذاته،[٢] وكل نافع لغيره حسن لغيره،[٣] وكل ضار لذاته قبيح لذاته[٤] وكل ضار لغيره قبيح لغيره[٥].

الحسن والقبيح في الآية المذكورة مأخوذان من عطف (رِزْقًا حَسَنًا) على (سكرا) والعطف للمغايرة يدل على ان السكر قبيح، لانه لا يوجد شق ثالث بين الحسن

---

[١] سورة النحل: ٦٧.

[٢] كالعدل.

[٣] كالكذب النافع الذي ينقذ حياة مظلوم مطلوب من ظالم.

[٤] كالظلم.

[٥] كالصدق الضار يلحق الضرر بالغير دون مبرر.

والقبح.

فهذه الآية لا تدل من قريب أو بعيد على إباحة تعاطي المسكرات للمنافاة الواضحة بين إباحة الشيء وتقبيحه في نفس الوقت، لان هاتين الصفتين لا تجتمعان في شيء واحد، غير ان في ميزان الشريعة الاسلامية لا يمكن ان يكون شيء واحد حسنا لذاته في وقت وقبيحا لذاته في وقت آخر.

ومن زعم ان هذه الآية أقرت إباحة تعاطي المسكرات ثم نُسخت بالمرحلة الاخيرة فقد ارتكب خطأً لا يغتفر.

٢- في المرحلة الثانية غير القرآن الكريم اسلوب خطابه في تحريم المسكرات، فاعتمد مقابلة اخرى وأحال عقل الانسان إلى الموازنة بين النفع والضرر اللذين يجنيهما الشخص من تعاطي المسكرات، أو بين الربح والخسارة في ممارسة هذا العمل المشين، فقال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنْ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾.[1]

والمراد بالاثم في هذه الاية هو الضرر بقرينة مقابلته بالنفع، والآية لا تدل على تحريم الخمر والميسر (القمار) فحسب، وانما تدل صراحة وبوضوح على تحريم كل ما يكون ضرره أكثر من نفعه، لأن السؤال كان لمعرفة حكم الخمر والقمار، لكن الله سبحانه لم يجب ببيان هذا الحكم، وانما أجاب بعلة الحكم (التحريم)، وهي ان ضرر هاتين المادتين اكثر من نفعهما، وهذه العلة في ضوء قواعد اصول الفقه تُسمى العلة المنصوصة ومرتبتها في الدلالة على الحكم كمرتبة النص الصريح، والدليل على ذلك ان من ينكر حُجية القياس لا ينكر حُجية العلة المنصوصة، لأنها بمثابة النص الصريح.

وبناء على ذلك ارشدنا القران الكريم إلى قاعدة عامة وهي ان كل ما كان ضرره اكثر من نفعه فهو محرم كحرمة الخمر والقمار، وبذلك يشمل النص التدخين بنفس الدرجة من التحريم، لأن ضرره اكثر من نفعه، بل لا نفع فيه أصلاً باجماع علماء الطب، بل خطر التدخين اكثر من خطر الخمر والقمار كما هو ثابت بالطب

---

[1] سورة البقرة: ٢١٩.

الحديث[١].

وجدير بالذكر ان المراد بالخمر في هذه الاية وغيرها كل ما يخمر العقل ويُحدث فيه الخلل، فيشمل كافة المسكرات أيا كانت مادتها الاولية وأيا كان نوعها، فلا حاجة إلى استعمال القياس بالنسبة لاثبات تحريم مسكر اخر، وقياس النبيذ عند بعض الاصوليين[٢] على الخمر في التحريم، لاشتراكهما في علة الحكم وهي الاسكار، خطأ من وجهين:

أحدهما: ان تعاطي المسكرات من جرائم الحدود وهي لا تثبت بالقياس، لأن من ميزات جرائم الحدود ان التجريم يثبت بالنص والعقوبة تحدد بالنص ايضاً. لكن بالنسبة لتحديد العقوبة وهي ثمانون جلدة، اربعون منها حدية ثبت بالسنة النبوية، وأربعون منها تعزيرية ثبت بالقياس على القذف.

ثانيا: ان المراد بالخمر في هذه الاية معناه اللغوي، بغض النظر عن نوعها وطبيعتها وموادها الاولية.

٣- في المرحلة الثالثة ضيّق الشارع الوقت على متعاطي المسكرات، حتى يتهيأ للترك النهائي، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[٣]، وهذه الآية لا تدل على اقرار اباحة تعاطي المسكرات خارج الصلاة، وهذا بمثابة ارشاد الطبيب إلى تقليل التدخين بالنسبة للمريض المدمن على التدخين، فارشاده إلى التقليل في حالة عدم استطاعة المريض على الترك دفعة واحدة، لا يدل على انه يُقره على التدخين القليل ويؤمنه على عدم ضرره.

٤- في المرحلة الرابعة والأخيرة التي هي قمة التدرج والاستقرار التام للحكم والخضوع الكامل له وامتثال النهي بصورة نهائية، قال سبحانه وتعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ

---

[١] خطر التدخين يشمل كل من يكون قريبا من حيث المكان من المدخن وهذا ما يسمى التدخين السلبي، ثم ان التدخين من اهم اسباب اصابة الانسان بالسرطان في الفم والحنجرة والمثانة والرئة، اضافة إلى تسببه في اصابة الانسان بتصلب الشرايين... يُنظر مؤلفنا (التدخين أضراره وتحريمه في القرآن).

[٢] منهم أستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان في كتابه الوجيز في اصول الفقه.

[٣] سورة النساء: ٤٣.

آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ[(١)] مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾.[(٢)]

وهذه الاية تدل دلالة قطعية على تحريم كافة انواع المسكرات تحريما باتـا مـن سـبعة اوجه وهي:

١- وضع الخمر والقمار في مصاف الانصاب (الاصنام) والخضوع للاصنام قمة الكفر.

٢- وصف المسكر بانه رجس والرجس غير قابل للازالة بخلاف النجس، فالنجاسة قابلة للإزالة.

٣- وصف تعاطي المسكرات بانه من اعمال الشيطان، ولا يُعقل أن يكون عمل الشيطان مباحاً.

٤- أمر سبحانه وتعالى بالاجتناب عن تعاطي المسكرات، وتعبير (فاجتنبوه) اقوى وابلغ في الدلالة على النهي والتحريم من تعبير صيغة النهي أو الحرمة ومشتقاتها، لان الاجتناب لا يُستعمل الا لما فيه الخطورة وسرعة العدوى كالطاعون (الكوليرا).

٥- وصفه سبحانه وتعالى بأنه مصدر الشر والعداوة والبغضاء، بسبب ما يتفوه به السكران حين سكره وفقد وعيه واختلال عقله.

٦- وصفه سبحانه وتعالى بانه يصد عن التفكير فيما يجب فيه التفكير بالعقل، مما يتطلب المساهمة في تطوير الحياة الشخصية والحياة العامة للمجتمع.

٧- طلب انهاء المراحل المذكورة لتعاطي المسكرات بالاستفهام الانكاري (فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ؟)، والاستفهام الانكاري يدل على المنع دلالة اقوى من صيغة النهي أو صيغة التجريم.

وتعاطي المسكرات رغم انه عمل شنيع، الا انه قابل لان يصبح مباحا لمن أُكره عليه إكراها ملجئا، وفي حالات الضرورة كحالة الجوع والعطش الشديدين ونحوهما اللذين يُعرضان حياة الانسان للخطر، لأن تعاطي المسكرات إعتداء

---

(١) وهي قداح الاستقسام.

(٢) سورة المائدة: ٩٠-٩١.

على حق الله وهو يصبح مباحا باذن الشارع، لكن لا للتداوي وعلاج المرض، لانه نجس والله سبحانه وتعالى لم يخلق الشفاء في النجس.

عقوبات جرائم الحدود:

عقوبات هذه الجرائم متعددة تختلف باختلاف طبيعة الجريمة وهي :

١- الجلد كما في جريمة الزنا وجريمة القذف وجريمة تعاطي المسكرات .

٢- القتل كما في جريمة قطع الطريق وجريمة البغي وجريمة الزنا اذا كان الزاني او الزانية في حالة قيام الزوجية، وثبتت الجريمة باربعة شهداء او اقرار الجاني البالغ العاقل المختار اربع مرات امام القضاء، على حد زعم من يرى أن عقوبة الرجم لم تُنسخ، ومن البدهي أن إثبات الزنا بالبينة من المستحيلات عادةً، ولكن بالإمكان اثباتها بالطرق العلمية المتطورة، وبناءً على ذلك العقوبة تخويفية اكثر من ان تكون عملية وتطبيقية على تقدير بقائها.

٣- القطع كما في جريمة قطع الطريق في بعض حالاتها وجريمة السرقة .

٤- الحبس او النفي كما في حالة الارهاب والتخويف اذا لم يكن معه اعتداء اخر على النفس وما دون النفس او المال او العرض .

خصائص جرائم الحدود:

تتميز جرائم الحدود بخصائص وميزات لا تتوفر في غيرها من الجرائم الاخرى، فأهمها ما يأتي :-

١- الحق المعتدى عليه في جرائم الحدود اما حق خاص بالله تعالى (حق عام) كجريمة الارتداد وجريمة تعاطي المسكرات، او حق مشترك بين الله وبين العباد وحق الله هو الغالب كما في جرائم الحدود الاخرى.

٢- الجريمة والعقوبة محددتان بالنص الشرعي في القران الكريم او السنة النبوية، كما في عقوبة تعاطي المسكرات المحددة باربعين جلدة بالسنة النبوية الفعلية، وزيدت هذه العقوبة باربعين جلدة اخرى، لأنها لم تكن رادعة وزاجرة ولا وسيلة للاصلاح، والاربعين الاولى عقوبة حدية والاخيرة عقوبة تعزيرية .

٣- عقوبات جرائم الحدود لا تقبل الصلح ولا العفو ولا التنازل، لانها من حقوق الله وليست من حقوق المجنى عليه ولا من حقوق رئيس الدولة او القاضي، والقاعدة الشرعية القانونية العامة تقضي بأن (فاقد الشيء لا يعطيه).

٤- عقوبات جرائم الحدود لا تتأثر لا بالظروف المخففة ولا بالظروف المشددة، بل يجب تطبيقها وتنفيذها كما نصّ عليها القران والسنة النبوية. واذا أضيفت اليها عقوبة اخرى لظرف مشدد او غيره، فالزيادة عقوبة تعزيرية وليست حدية. وهذه الخاصة تدل على عدم وجود جريمة الرجم، فالزوجية لا تُعد ظرفا مشددا لتشديد عقوبة الزنا.

٥- عقوبات جرائم الحدود في حالات قيام شبهة الحل، إما تسقط كما في الدخول في الزواج الفاسد، فمن تزوج إمرأة بدون حضور شاهدين مثلا او كان فاسدا لسبب آخر، فالدخول (المعاشرة الزوجية) يكون مقترنا بالشبهة وهي قيام الزواج صورة، وتترتب عليه الاثار الاتية:

أ- يجب للمدخول بها مهر المثل او الاقل من المهر المسمى ومهر المثل تعويضا عن الضرر المعنوي اللاحق بالمدخول بها .

ب- يثبت نسب الولد المكون من هذا الدخول، فله الحقوق وعليه الالتزامات كما في الولد الشرعي، وفلسفته حماية الحقوق النسبية للطفل في المستقبل.

ج- تثبت به المصاهرة، فتحرم المدخول بها على اصول وفروع الداخل، كما يحرم على الداخل اصول و فروع المدخول بها .

المبحث الثاني
جرائم القصاص والدية

وهي جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس (كالجرح)، وتعد هذه الجرائم من الجرائم غير القصدية، لذا قسمها التشريع الجنائي الاسلامي والتشريعات الجزائية القانونية إلى ثلاثة اقسام وهي: العمد وشبه العمد (أو الضرب المفضي إلى الموت) والخطأ.[1]

١ـ القتل العمد هو ازهاق روح انسان عمدا بوسيلة مميتة غالبا كالسلاح الناري.

٢ـ القتل شبه العمد وهو القتل العمد بوسيلة غير مميتة غالبا كالحجر والخشب والضرب باليد ونحو ذلك، ويقابله في قانون العقوبات الضرب المفضي إلى الموت،[2] ومعيار التفرقة بين العمد وشبه العمد معيار مادي (موضوعي) وهو الوسيلة المستعملة في تنفيذ الجريمة.

٣ـ القتل الخطأ وهو ازهاق روح انسان كان على قيد الحياة بدون قصده، ويكون القصد الجنائي في القتل غير متوفر في إحدى الحالتين التاليتين:

احداهما: الخطأ في الهدف كمن يرمي هدفا ظانا انه غزال مثلا ويرديه قتيلا، ثم يظهر انه انسان بريء.

والثانية: الخطأ في الفعل كمن ينظف مسدسه مثلا وهو لا يعلم وجود طلقة نارية فيه، فتخرج الطلقة اثناء عملية التنظيف وتصيب شخصا بريئا فيقتله أو تُحدث فيه جرحا.

---

[1] وقسمه البعض كالحنفية إلى خمسة اقسام وهي العمد وشبه العمد والخطا والجاري مجرى الخطا كالنائم ينقلب على شخص فيقتله. والقتل بالتسبب كحافر البئر في مكان غير مسموح يقع فيها شخص ويموت وقسمها البعض ـ كالمالكية إلى العمد والخطأ على اساس ان شبه العمد يندرج تحت العمد والتقسيم الثلاثي اصوب ـ في شرح الخرشي المالكي (٧/٨): ان شرط القتل الموجب للقصاص ان يقصد الشخص القاتل الضرب أي يقصد ايقاعه ولا يشترط قصد القتل من غير جناية الاصل على فرعه فاذا قصد ضربه بما يقتل غالبا فمات من ذلك فانه يقتص له وكذا اذا قصد ضربه بما لا يقتل غالبا فمات من ذلك فانه يقتص له منه ايضا) وارى ان التقسيم الثلاثي هو الاصوب.

[2] المادة (٤١٠) من قانون العقوبات العراقي القائم.

ومعيار التمييز بين العمد والخطأ شخصي، لأن القصد مكنون في قلب القاتل ولا يكتشف الا باقراره أو قرينة، فعلى القاضي ان يستعين بظروف الجريمة وخلفياتها وبظروف الجاني لاكتشاف القصد الجنائي.

عقوبة القتل العمد العدوان هي القصاص اذا توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه، وفلسفة هذه العقوبة هي حماية ارواح الابرياء، كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاأُولِي الأَلْبَابِ﴾[1] وحرف (في) في هذه الآية للعلية، فالعلة الفاعلة للحكم هي السلطة التشريعية الالهية، والعلة الغائية هي مصلحة الانسان وهي حماية حياته التي هي احدى المصالح الضرورية الشرعية بالنسبة للانسان، واحدى المقاصد بالنسبة للشارع.

والقصاص كعقاب خضع منذ نشوئه لثلاثة انظمة رئيسة:

أ ـ نظام القبيلة وكان الدافع اليه غريزة الثأر والانتقام.

ب ـ نظام الدولة فالباعث الدافع للدولة هو الحفاظ على الامن والاستقرار وحماية ارواح الابرياء.

ت ـ نظام الإسلام، فالغاية المتوخاة من القصاص في ظل هذا النظام الالهي هي محصلة الدافعين المذكورين في نظام القبيلة والدولة، وهي: رعاية الغريزة للانسان كطبيعة لا تنفك عنه مهما تطورت الحضارة، ورعاية النظام الذي ترومه الدولة، وذلك لما تطلبه السياسة الجنائية والفلسفة العقابية من رعاية الجانبين المذكورين، حتى يحقق القصاص الهدف المرجو منه.

القصاص وغريزة الانتقام:

القصاص في طبيعته البدائية كان يتمثل في حق خاص يمارسه الفرد بنفسه في ظل التكتل الجماعي على شكل الاسرة أو العشيرة أو القبيلة، ويتعاون مع غيره من ابناء هذا التكتل الطبيعي بدافع من غريزة الثأر والانتقام، فكان هذا رد الفعل الغريزي ضد الاعتداء على النفس وما دونها، الصورة الوحيدة التي تتفق مع الحياة الفطرية. غير انه قد يؤدي إلى المضاعفات السلبية بسبب غياب مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية، ومبدأ شخصية العقوبة اللذين نص عليهما القران، ففي الاول: قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ

---

[1] سورة البقرة: ١٧٩.

رَهِينَةٌ﴾[1]: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾،[2] وقال في المبدأ الثاني: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[3]، كان المنتقم كثيرا ما يصب جام غضبه على كل من يجده وهو ينتمي إلى أسرة أو عشيرة أو قبيلة الجاني، وبذلك كانت ممارسة حق الثأر والانتقام الغريزي قد تؤدي إلى تكوين حلقة مفرغة من الحروب المستمرة الطاحنة بين قبيلتي الجاني والمجنى عليه، وبعد ان تحركت الحياة بخطوات بطيئة نحو شيء من التقدم والتنظيم العقلي، ظهرت فكرة التخلي عن المعتدي لقبيلة المجنى عليه، فكان يصبح بذلك تحت رحمتها ان شاءت قتلته وان شاءت استعبدته، كما ظهرت فكرة تحريم الثأر والانتقام في امكنة وازمنة خاصة، كالاشهر الحرم عند العرب قبل الاسلام[4].

وبعد ان قطع الانسان شوطا اخر من التقدم الحضاري، ظهرت نظم اخرى هذبت إلى حد بعيد طريقة الثأر والانتقام، كنظامي القصاص والدية.

ونظام الدية كان يعني التراضي بين قبيلتي الجاني والمجنى عليه على مبلغ من المال يتقاضاه المعتدى عليه أو ذووه منها، مقابل التنازل عن الثأر من المعتدي، ثم جاء الإسلام فنظم احكام القصاص والدية تنظيما عادلا فريدا في نوعه، ووضع الاركان والشروط والموانع لكل منهما وحدد الدية كما وكيفا.

شروط القصاص والدية:

أولا/ القصاص:

يشترط لتطبيق نظام القصاص وتنفيذه شروط اهمها مايلي:

١ـ اثبات الجريمة بالبينة المعتبرة أو باقرار الجاني وهو بالغ عاقل مختار في اقراره بعيدا عن كل اكراه وتعذيب.

٢ـ اتخاذ كافة الاجراءات القضائية في ظل نظام اصول المحاكمات الجزائية.

---

[1] سورة المدثر: ٧ .

[2] سورة المدثر: ٧ .

[3] سورة الزمر : ٧ .

[4] الاستاذ الدكتور علي راشد فلسفة تأريخ القانون الجنائي والاستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى اصول تاريخ القانون.

٣- انتفاء الموانع العارضة كالجنون الطارئ، فاذا جنّ بعد ارتكاب الجريمة توقفت الاجراءات القضائية ضده، وبعد صدور الحكم يتوقف تنفيذه، واذا مات مجنونا حلّت محل القصاص الدية من ماله[١].

٤- تصديق رئيس الدولة.

٥- عدم عدول ولي الدم من القصاص إلى طلب الدية أو إلى التنازل عن العقوبة الاصلية (القصاص) والبديلة (الدية)، لان القران الكريم اقر لولي الدم احد الخيارات الثلاثة وهي: طلب تنفيذ القصاص أو العدول إلى الدية أو التنازل عن كليهما، في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾[٢]، والسلطان هو اختيار احد الخيارات الثلاثة. وجدير بالذكر ان هذا الخيار يسقط اذا كان الجاني سبق ان ارتكب جريمة الاعتداء على النفس أو ما دون النفس سابقا، لانه في هذه الحالة لا يستحق المساعدة والعطف، ولدلالة ذلك على خطورته على المجتمع.

واساس فلسفة هذه الخيارات هو قاعدة الغرم بالغنم، فالمأساة التي تحل بأسرة المجنى عليه نتيجة الجريمة، اكثر بكثير من مأساة المجتمع الذي تمثله الدولة، فيكون حقه في العقاب أكثر.

لكن في العصر الحاضر اكثر قوانين العقوبات لا يُقر السلطان الوارد في القران بالنسبة لولي الدم، على اساس ان العقاب من مظاهر سيادة الدولة لا يتدخل فيه الفرد، لان هذا التدخل اعتداء على سيادة الدولة.

وجدير بالذكر ان للقتل عقوبة تبعية وهي حرمان القاتل من ميراث المقتول اذا كان مورثا له، ومن وصيته اذا كان موصيا له، ومن وقفه إذا كان واقفا، على ان يكون القتل عمدا او شبه عمد،[٣] وفلسفة ذلك حماية ارواح الابرياء، ولان من استعجل شيئا قبل اوانه عوقب بحرمانه.

---

[١] وارى ان الصواب هو ابقاء الخيارات فيبقى للدولة حق عقاب مناسب لان الجاني اعتدى على حقين عام وخاص فاذا تنازل ولى الدم من الحق الخاص يبقى عليه جزاء اعتدائه على الحق العام.

[٢] سورة الاسراء: ٣٣.

[٣] عقوبة القتل شبه العمد عند المالكية القصاص كقتل العمد. والدية عند غيرهم. وعقوبة القتل بالتسبب عند الحنفية الدية وهي على العاقلة. الاختيار لتعليل المختار ٥/٣٥ للامام عبدالله الموصلي.

ثانيا/ الدية:

وهي العقوبة الاصلية الاساسية للقتل الخطأ بالإجماع والقتل شبه العمد عند بعض الفقهاء كأبي حنيفة والشافعي واحمد، وتكون على العاقلة، ودليلهم قضاء رسول الله ﷺ حيث اقتتلت امرأتان من هُذيل، فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول اللهﷺ بدية المرأة على عاقلة الجانية، والقتل كان شبه عمد لأنه كان ضربا مفضيا الى الموت.

ثالثا/ الكفارة:

فهي ايضا تعتبر عقوبة اصلية للقتل شبه العمد وهي عتق رقبة، فمن لم يجدها أو لم يجد قيمتها يتصدق بها، فعليه صيام شهرين متتابعين، فالصوم عقوبة بدلية.

وعقوبة القتل الخطأ هي الدية المحددة في الإسلام بمائة ابل أو ما يعادلها، وهذا هو الحد الأعلى ويجوز الاتفاق على مادونه، لكن يوجد الفرق بين دية شبه العمد ودية الخطأ، ففي الحالة الاولى الدية على الجاني على الراجح، وفي الثانية على العاقلة، وفي الاولى لا يجوز له التقسيط بخلاف الثانية، ودية الخطأ تكون على عاقلة الجاني باجماع الفقهاء .

شروط وجوب الدية على العاقلة:

العاقلة هي العشيرة والقبيلة التي ينتمي اليها الجاني، وفي حالة عدم وجودهما يكون المسؤول عن الدية المؤسسة التي ينتمي اليها الجاني كالنقابة والوزارة أو نحوهما، وفي حالة عدم وجود كل من ذلك تكون الدية على بيت المال (الخزانة العامة) للدولة، وفلسفة تحمل بيت المال الدية في هذه الحالة هي انه اذا مات انسان وليس له وارث وله تركة، تكون التركة لبيت المال، ومصدر الكفارة القرآن الكريم، ويشترط لوجوب الدية على العاقلة شروط اهمها:

١ـ ان يكون القتل خطأ، فدية شبه العمد على الرأي الراجح أو الدية البديلة للقصاص تكون في مال الجاني.

٢ـ ان لا يثبت باقرار الجاني لجواز تواطؤ بين الجاني وولي الدم، على اعتبار القتل الذي يوجب القصاص قتلا خطأ للحصول على الدية.

طبيعة الدية:

هل الدية عقوبة أو تعويض؟ ذهب البعض إلى تكييفها بالعقوبة، بينما يرى الاخرون انها تعويض، لكن الواقع ليست عقوبة محضة ولا تعويضا محضا، بل تجتمع فيها صفات العقوبة وصفات التعويض كما يأتي:

أ ـ من صفات العقوبة المتوفرة في الدية:

١ـ ان الحكم بها لا يتوقف على طلب المجني عليه أو ورثته، بل يحق للقاضي ان يحكم بها تلقائيا.

٢ـ عند تنازل ولي الدم عن الدية تحل محلها عقوبة الاعتداء على الحق العام عقوبة تعزيرية، لان الجاني يعتدي على حقين عام وخاص، بينما في التعويض لا يحل محله شيء اخر اذا تنازل عنه المضرور.

٣ـ الدية مقررة من قبل الشارع ومقدرة مسبقا، بينما التعويض لا يكون الا بحكم قضائي أو اتفاق رضائي بعد حدوث سببه.

٤ـ لا يختلف مقدارها باختلاف الزمان والمكان والأشخاص من حيث الصغر والكبر والفقر والغناء والقوة والضعف والمركز السياسي والاجتماعي ونحو ذلك.

ب ـ من صفات التعويض في الدية:

١ـ انها مال خاص خالص للمجني عليه اذا كان باقيا على قيد الحياة والا فلورثته ولو كانت عقوبة محضة لآلت إلى الخزانة العامة كالغرامات المالية في العقوبات.

٢ـ يجوز للمجني عليه أو ورثته التنازل عنها ولو كانت عقوبة محضة لماجاز هذا التنازل.

٣ـ ورد النص في القران والسنة برفع الاثم (المسؤولية الجزائية) عن الخطا وعدم الاثم يستلزم عدم العقاب فقال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ وقال الرسول ﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[1].

٤ـ لو كانت عقوبة لما وجبت على العاقلة[2] لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.

---

(١) سنن ابن ماجه ، ج١،ص ٦٥٩ ، رقم ٢٠٤٣ ، و سنن البيهقي الكبرى ، ج٦ ، ص٨٤ ، رقم ١١٢٣٦ ، موارد الظمآن ، ج١ ، ص٢٦٠ ، رقم ١٤٩٧

(٢) العاقلة مأخوذ من عقل وهو المنع لان الدية تمنع المضاعفات لحادثة القتل أو من عقل الابل أي ربطها لان الجهة الدافعة للدية كانت تربط ابلها امام دار ورثة المجني عليه حين دفعها.

فلسفة وجوب الدية على العاقلة:

وفلسفة القاء هذه المسؤولية على العاقلة هي ما يأتي:

١ـ التعاون والتضامن والتكافل.

٢ـ القاتل خطأ معذب نفسيا حين يشعر بنتائج خطئه ولا يضاف إلى هذا العذاب النفسي عذاب مادي بتحميله مسؤولية دفع الدية.

٣ـ قد يكون القاتل فقيراً لا يتمكن من دفع الدية حيث ان كميتها كبيرة فعندئذ يؤدى عدم دفع الدية إلى الانتقام منه من قبل ورثة أو أقارب المقتول وبالتالي العودة إلى الحياة البدائية من قيام العداوات المستمرة بين اقارب القاتل واقارب المقتول.

٤ـ ان العاقلة تتحمل قسطا من مسؤولية الحدث (القتل الخطأ) على أساس القاعدة الشرعية الواردة على لسان الرسول ﷺ ((كلكم راعٍ وكل راع مسؤول عن رعيته))[1].

الموازنة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية:

تختلف الفئتان في أمور أهمها:

١ـ الحق المعتدى عليه في جرائم القصاص والدية حق مشترك بين أسرة المجني عليه والمجتمع وحق الاسرة هو الغالب لذا يكون الحق الخاص في العقاب هو الغالب. بينما الحق العام (أو حق الله) في جرائم الحدود هو الغالب اذا كان الحق المعتدى عليه مشتركا.

٢ـ الحدود لا تتأثر بالظروف المشددة والمخففة بخلاف القصاص والدية ففي القصاص لا يجوز التنازل عنه من ولي الدم إذا كان القاتل مجرما معتادا وفي الدية إذا كانت بدلاً من القصاص أو كانت في شبه العمد لا تكون على العاقلة وانما المسؤول عنها هو القاتل وحده لانه لا يستحق تقديم العون له ما دام القصد الجنائي لديه متوفرا وقت ارتكاب الجريمة.

---

[1] صحيح البخاري ، ج٢ ، ص٨٤٨ ، رقم ٢٢٧٨ ، صحيح مسلم ، ج٣ ، ص ١٤٥٩ ، رقم ١٨٢٩ .

٣- لا يوجد التداخل في جرائم القصاص والدية ولو قتل انسان اكثر من واحد خطا تجب دية كل مقتول على العاقلة بخلاف الحدود كما سبق في بيان خصائصها.
٤- جرائم الحدود كلها قصدية بخلاف جرائم القصاص والدية فهي قد تكون عمدية وقد تكون خطأ لا يتوفر فيها القصد الجنائي.
٥- جرائم القصاص والدية لا تسقط بالتقادم في الشريعة لان الحق الخاص فيها هو الغالب بخلاف جرائم الحدود.
٦- جرائم الحدود لا تقبل الصلح بخلاف القصاص والدية.
٧- عقوبات الحدود متعددة بخلاف جرائم القصاص والدية.
٨- القصاص والدية لا يسقطان بالتوبة لان الحق الخاص فيهما هو الغالب بخلاف الحدود ففيها بعض العقوبات تسقط بالتوبة كما في جريمة القذف بالنسبة للشهادة والفسق.
٩- العقوبة الحدية عقوبة محضة بينما الدية ذات طبيعة مزدوجة ففيها صفات العقوبة وصفات التعويض والضرورة من موانع المسؤولية الجنائية في بعض جرائم الحدود كجريمة الزنا ومن اسباب الاباحة في بعض منها كتعاطي المسكرات تحت ضغط الضرورة كما في حالتي العطش والجوع الشديدين واما في جرائم القصاص والدية فالضرورة ظرف مخفف للعقوبة.
١٠- الاكراه من مسقطات العقوبة الحدية لان جرائم الحدود كلها قصدية والاكراه يؤدي إلى حدوث الشبهة وهي تدرأ الحدود اما في جريمة القتل العمد العدوان تحت ضغط الاكراه فالمسألة خلافية بين فقهاء الشريعة ففيها أربعة آراء:

الرأي الأول: يقتص من كل من المكرَه والمكرِه وهو مذهب المالكية[١] والحنابلة[٢] والراجح في المذهب الشافعي[٣] ويستند هذا الرأي إلى أدلة منها:

أ - المكرِه (بكسر الراء) تسبب فيما يفضي إلى الموت فهو بمثابة القاء شخص في بئر فيها حيوان مفترس فيفترسه أو في نهر أو بحر وهو يعلم ان الملقى لا يجيد السباحة و المكره كان مخيرا بين اختيار المهدد به وقتل من اكره على قتله فاختار الثاني إيثارا لنفسه.

---

[١] شرح الخرشي ٨/٩.
[٢] المغني لابن قدامة ٧/٦٤٥.
[٣] تحفة المحتاج ٨/٣٨٨.

ب ـ انهما شريكان في ارتكاب الجريمة هذا لتسببه وذاك لمباشرته والشركاء متساوون في تحمل مسؤولية جريمة ساهموا في ارتكابها.

الراي الثاني: لا يقتص من ايّ منهما وانما تجب الدية على المكره (بكسر الراء) وهو رأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة ودليله ان المكره (بكسر الراء) قاتل حكما لا حقيقة والمكرَه قاتل حقيقة لا حكما والقصاص لا يكون الا لمن يكون قاتلا حقيقة وحكما[(١)].

الراي الثالث: القصاص على المكرِه (بكسر الراء) دون المكرَه لان الإكراه عذر مانع كما قال الرسول ﷺ: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))،[(٢)] وهو رأي أبي حنيفة وصاحبه محمد الشيباني.[(٣)]

الراي الرابع: يقتص من المكره(بفتح الراء) لانه فاعل حقيقي بمباشرته للجريمة ويعاقب المكره(بكسر الراء) بالسجن حتى الموت وهو رأي الشيعة الامامية[(٤)] وزفر من الحنفية[(٥)].

وفي رأينا ان المكره(بكسر الراء) هو المستحق للقصاص. واما المكره فإذا كان يعتقد بوجوب اطاعة الامر المكره فلا يسال لا جنائيا ولا مدنيا واما إذا كان يعلم انه على غير حق في الاكراه فيجب ان يعاقب بعقوبة تعزيرية لانه فضل بقاءه على بقاء غيره.

قابلية جرائم القصاص والدية للتحول إلى اعمال مباحة

تتحول هذه الجرائم إلى اعمال مباحة وتتجرد من صفتها الجرمية باسباب كثيرة كما يأتي تفصيل بعض منها في الفصول القادمة ومنها.

١ـ إذا كان القتل أو الجرح موجبا للقصاص وقد نص القران الكريم على اباحتهما في حالة كونهما قصاصا في ايات منها قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالاَنثَى بِالاَنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٣٦/٦.

(٢) ابن حزم/ المحلى ١٩٣/٥، صحيح.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٨٨/٩.

(٤) الخلاف في الفقه الطوسي ٣٥١/٢..

(٥) سورة البقرة/١٧٨.البدائع المرجع السابق ٤٤٨٨/٩.

أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [١] الالقاب الواردة في هذه الاية ليس لها المفهوم المخالف بل الحر يقتص منه إذا قتل عبدا وكذا عكس ذلك والذكر يقتص منه بالقتل إذا قتل انثى وكذا عكسه والدليل على ذلك:

أ- إذا تعارض المفهوم المخالف كما في هذه الاية (على تقدير وجوده مع النص) كما في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ يقدم النص على المفهوم المخالف.

ب- هذه الاية نزلت في حق قبيلتين دخلتا الإسلام بعد تقاتلهما، فادعت القوية انها تريد قتل حر بدل عبد وقتل ذكر بدل انثى في القصاص، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاأُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[٢] يدل على أنه لا يوجد المفهوم المخالف للألقاب المذكورة في الآية السابقة.

ج- عموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمْ الظَّالِمُونَ﴾[٣].

٢- إذا كان القتل أو الجرح للدفاع الشرعي الخاص أو العام قال تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[٤].

٣- الارتداد والوقوف ضد الإسلام بالتعاون مع اعداء الإسلام والمسلمين قال رسول اللهﷺ: ((من بدل دينه فأقتلوه))[٥] وهذا ورد بشأن مرتد تعاون مع المشركين بعد الارتداد، فقتله لم يكن لمجرد ارتداده.

---

[١] سورة البقرة الاية:١٧٨.

[٢] سورة البقرة الاية:١٧٩.

[٣] سورة المائدة ـ الاية:٤٥.

[٤] سورة البقرة الاية:١٩٤.

[٥] الألباني/ إرواء الغليل ٨/١٢٥ اسناده صحيح على شرط الشيخين.

المبحث الثالث

جرائم التعازير

جرائم التعازير هي التي تكون العقوبة التعزيرية من السلطة التشريعية الزمنية من حيث الاستحداث والكم والكيف.

فولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى (البرلمان) يتولى استحداث هذه العقوبة، بحيث تكون مناسبة مع خطورة الجريمة والجاني، وتنقسم من حيث طبيعتها إلى ثلاثة انواع:

النوع الأول: جرائم منصوص عليها في القران والسنة النبوية دون بيان عقوباتها ومنها ما يلي:

١ـ جريمة التجسس المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَجَسَّسُوا﴾[1].

٢ـ جريمة شهادة الزور المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾[2].

٣ـ جريمة غش المكاييل والموازين المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ، الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ، وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾[3].

٤ـ جريمة الغصب والنهب المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[4].

٥ـ جريمة الاحتكار المنصوص عليها في قول الرسول ﷺ: ((الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولا يحتكر الا خاطىء)).[5]

---

[1] سورة الحجرات ـ الاية :١٢.
[2] سورة الحج ـ الاية:٣٠.
[3] سورة المطففين ـ الايات:١ـ٢ـ٣.
[4] سورة البقرة ـ الاية: ١٨٨.
[5] سبل السلام٣/٣٢.

٦ـ جريمة الرشوة، قال الرسول ﷺ ((لعن الله الراشي والمرتشي والرائش))[1]
والرائش الذي يتوسط بين الراشي والمرتشي.

النوع الثاني: جرائم الحدود والقصاص التي لم تكتمل شروطها كجريمة الزنا إذا لم تثبت باربعة شهود أو بالاقرار امام القضاء أربعة مرات ولكن دلت أدلة اخرى على وقوعها فعقوبة الحد تسقط وتحل محلها عقوبة تعزيرية ، وكجريمة السرقة بين الاصول والفروع أو بين الزوجين حيث فيها شبهة الحلال، وجريمة القتل العمد العدوان إذا تنازل صاحب الحق عن القصاص وهكذا كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تتحول إلى جريمة تعزيرية.

النوع الثالث: الجرائم المستحدثة وهي الجرائم التي لم ينص الشرع على تجريمها ولا على عقوبتها كالجرائم التي هي وليدة تطور الحياة كجرائم مخالفات المرور وجرائم التهريب وغيرها التي لم تكن موجودة في الماضي البعيد حيث يستنتج من النصوص العامة في القران الكريم والسنة النبوية ان ولي الامر مخول من الشارع بان يعتبر كل فعل أو قول يضر بالمصلحة العامة جريمة يحدد لها عقوبة تتناسب مع حجمها وخطورتها.

فالمخالفات المرورية تؤدي إلى تعرض الارواح والاموال للهلاك لذا قام المشرع الوضعي باعتبارها جرائم وحدد لها العقوبات بمقتضى قانون المرور.

وجرائم التهريب من داخل البلد إلى خارجه أو بالعكس تضر بالمصالح الاقتصادية الوطنية لذا يحق للمشرع الوضعي اعتبارها من الجرائم الاقتصادية مع تحديد عقوباتها وهكذا

سلطة ولي الأمر في التجريم والتعزير:

إذا كان من حق ولي الأمر صلاحية استحداث الجريمة والعقوبة فأن هذه الصلاحية ليست مطلقة وانما هي مقيدة بقيود وأهمها ما يأتي:

١ـ ألا يحدث جريمة أو عقوبة تتعارض مع نص صريح في القرآن أو السنة النبوية أو مخالفة لإجماع فقهاء الشريعة.

٢ـ ان يكون الباعث الدافع حماية المصالح العامة.

---

[1] سبل السلام ٤/١٦٤.

٣ـ ان يكون الطابع العام للتجريم والتعزير هو العدالة والمساواة دون خدمة فئة على حساب فئة أخرى.
٤ـ وجود التناسب بين حجم الجريمة وحجم العقوبة.
٥ـ ان لا ينفرد ولي الأمر بهذا التشريع بل عليه ان يستشير بأهل الاختصاص وان يستعين بأهل الشورى وأهل الحل والعقد.
٦ـ الإنذار قبل المخالفة والعقاب وإعلام الكافة بكل ما يشرع من الجريمة والعقوبة عن طريق الوسائل الإعلامية الرسمية لأن الشريعة الإسلامية أقرت قبل القوانين مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على النص).

وجدير بالذكر ان القاضي لا يملك سلطة استحداث الجريمة أو العقوبة لأن هذه السلطة حصرها الشرع الإسلامي في ولي الأمر بتعاون مع أهل الشورى.

نماذج من التطبيقات الفقهية في التعازير:

في الفقه المالكي: (إن الإمام يعزر لمعصية الله كالأكل في رمضان (أي نهار رمضان) لغير عذر أو لحق أدمي كشتم آخر أو إيذائه بوجه والتعازير فيها يرجع إلى الإمام)[(١)].

في الفقه الحنفي: (للإمام قتل السارق سياسة لسعيه في الارض بالفساد وهذا ان عاد (أي تكررت السرقة منه)[(٢)].

في الفقه الشافعي: (من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر حسب ما يراه السلطان)[(٣)].

في الفقه الجعفري: (إذا لاط الرجل فاوقب (أي تم الدخول) وجب عليه القتل والإمام مخير بين ان يقتله أو يرمي عليه حائطا أو يرمي به من موقع عال)[(٤)].

والمراد بالإمام في هذه النصوص الفقهية رئيس الدولة.

في الفقه الحنبلي: (التعزير هو التأديب هو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة واقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال

---

(١) شرح الخرشي ٨/١١٠.
(٢) رد المحتار ٦/٣١٩.
(٣) المهذب٢/٣٦.
(٤) كتاب الخلاف للطوسي٢/٤٤٤.

الشخص)[١].

الموازنة بين الحدود والتعازير:

١ـ الحدود عقوباتها مقدرة بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة النبوية بخلاف التعازير فان امر استحداثها وتقدير عقوباتها متروك للسلطة التشريعية الزمنية.

٢ـ التعزير على وفق الاصل يختلف باختلاف حجم وطبيعة الجريمة اما الحد فهو عقوبة محددة لاتزيد ولاتنقص فعقوبة سرقة دينار واحد نفس عقوبة سرقة مليون دينارمثلا وهي قطع اليد.

٣ـ لرئيس الدولة اسقاط عقوبة التعزير واصدار عفو عام أو عفو خاص بالنسبة لجناة جرائم التعازير إذا رأى في ذلك مصلحة عامة ولم يمس عفوه حقوق المجني عليه الخاصة بخلاف الحد فانه حق الله لا يملك احد اسقاطه.

٤ـ التعازير تتاثر بالظروف المشددة والمخففة بخلاف عقوبات الحدود.

٥ـ الحدود لا تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص بخلاف العقوبات التعزيرية فانها تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص فمثلا يجوز ان يكون شيء واحد عقوبة في بلد وتكريما في بلد اخر بل في اقليمين أو زمنين في بلد واحد.

٦ـ يجب توافر نصاب الشهادة في جرائم الحدود بخلاف التعازير فمثلا شهود الزنا يجب ان لا يقل عددهم عن أربعة وشهود بقية جرائم الحدود لا يقل عددهم عن رجلين عادلين بينما في التعازير قد تثبت الجريمة بشاهد واحد ويمين المدعي أو بالقرائن.

٧ـ القاضي يملك استبدال عقوبة اخرى بالعقوبة المقررة في جرائم التعازير بخلاف عقوبات الحدود فلا سلطة للقاضي في تبديلها ولا تخفيفها ولا تشديدها.

٨ـ جرائم الحدود مؤقتة دائما حيث لا يستغرق وقوعها اكثر من الوقت اللازم لهذا الوقوع كجريمة السرقة فهي تتم بمجرد اخذ المال خفية من حرز مثله بخلاف جرائم التعازير فهي مؤقتة ومستمرة كحبس شخص بدون مبرر وكالامتناع عن اداء شهادة واجبة عليه. وكالاحتفاظ بالاموال المسروقة لدى السارق أو غيره والاموال المغصوبة لدى الغاصب أو غيره.

---

[١] الاقناع ٤/٢٦٨.

٩ـ تنفيذ عقوبات الحدود لا يكون الا بعد تصديق ولي الامر (رئيس الدولة) على حكم القاضي لخطورتها بخلاف عقوبات جرائم التعازير ما لم تكن العقوبة قتلا لان كل قتل بحق يحتاج إلى تصديق رئيس الدولة لحكم القاضي به.

١٠ـ الاهلية فيشترط في عقوبات الحدود ان يكون الجاني مكلفا أي بالغا عـاقلا حـرا في ارادته بخلاف جرائم التعازير. فقد يعاقب ناقص الاهليـة بعقوبـات تعزيريـة تاديبيـة فتأديب الاباء لاولادهم يكون عقوبة تعزيرية.





الفصل الثالث

الدفاع الشرعي الخاص

ينقسم الدفاع الشرعي إلى الخاص والعام:

١ـ الدفاع الشرعي الخاص هو ان يكون الحق المعتدى عليه حقا خاصا كالاعتداء على نفس الشخص أو عرضه أو ماله سواء كان ذلك بالنسبة للمدافع أو غيره فعلى الانسان ان يدافع عن نفس الغير وماله وعرضه كما يدافع عن نفسه وعرضه وماله.

٢ـ الدفاع الشرعي العام هو ان تكون المصلحة المعتدى عليها عامة وهذا الدفاع الشرعي بالنسبة لدفع الخطر الداخلي يسمى الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما قال القران: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[1] واما بالنسبة لدفع الخطر الخارجي فيسمى جهادا في سبيل الله أي في سبيل المصلحة العامة. ومن الايات القرآنية الآمرة بالجهاد (الدفاع الشرعي العام) قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُواْ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللّهِ﴾[2] أي في سبيل المصلحة العامة الضرورية وهي مصلحة حماية الدين، وحماية الحياة، وحماية العرض، وحماية المال، وحماية الأرض.



---

(1) سورة ال عمران/١٠٤.

(2) سورة التوبة/٤١.

ويقتضى الايات القرانية الامرة بالدفاع الشرعي العام يجب على كافة المسلمين بوجه اعم والدول العربية بوجه عام والعراقيين بوجه خاص الوقوف بالدعم المادي والمعنوي ضد خطر الارهاب على الشعب العراقي في الوقت الحاضر، وقد اقر القران الكريم في ايات متعددة حق حرية الدفاع الشرعي بقسميه العام والخاص بل اعتبر هذا الدفاع واجبا والتزام على من يتمكن من القيام به فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.[1]

وقد استعمل القران الكريم الدفاع الشرعي ومشتقاته في ايات كثيرة منها: قوله تعالى: : ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّئَةَ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِفُونَ﴾[2] أي ادفع بالخصلة الحسنة من الصفح والأعراض عنهم السيئة أي اذاهم اياك، وقوله تعالى: ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾[3] ، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ﴾[4] ، قوله تعالى: ﴿وَلَوْلاَ دَفْعُ اللّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الأَرْضُ وَلَكِنَّ اللّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾[5] أي لولا ان الله يدفع الناس وهم اهل الشر والمعاصي ببعض الناس وهم من اهل الخير والطاعة والإيمان لفسدت الأرض، و(لولا) حرف امتناع لوجود فالمعنى امتنع فساد الارض لوجود دفع الناس بعضهم ببعض.

وقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ[6] وَبِيَعٌ[7] وَصَلَوَاتٌ[8] وَمَسَاجِدُ[9] يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنصُرَنَّ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾[10] ، الفرق بين الدفع والرفع ان الدفع رد الشيء قبل وقوعه والرفع هو ازالة الشيء بعد وقوعه.

---

[1] سورة البقرة/١٩٤.
[2] سورة المؤمنون ـ الاية:٩٦.
[3] سورة فصلت ـ الاية:٣٤.
[4] سورة الحج ـ الاية:٣٨.
[5] سورة البقرة ـ الاية:٢٥١
[6] جمع صومعة وهي المحل المرتفع البناء في الاماكن الخالية ومكان العبادة للرهبان وقيل للصابئين.
[7] كنائس للنصارى.
[8] كنائس لليهود سميت بذلك لانه يصلى فيها.
[9] للمسلمين.
[10] سورة الحج ـ الاية: ٤٠.

ولفظ (الشرعي) من قبيل نسبة الشيء إلى مصدر حكمه لأن شرع الله هو الذي اعطى حكم الوجوب أو الاباحة لاستعمال القوة المناسبة بغية عدم وقوع الشر المتوقع.

والدفاع الشرعي باعتباره التركيبي هو الوقوف ضد خطر حال مشروع بوسيلة مناسبة في حالة عدم وجود من يستغيث به المعرض للخطر من سلطة عامة أو غيرها لان الدفاع في هذه الحالة غريزة طبيعية لكل كائن حي سواء كان انسانا أو حيوانا.

وقد ظل حق الدفاع حقا خاصا يمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيرته أو قبيلته إلى نشوء الدولة ثم احتكرت الدولة حق الدفاع عن الخاضعين لسلطانها لنفسها باعتباره مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فاصبح الدفاع عن كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة ولكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها وقت التعرض للخطر.

وللدفاع الشرعي الخاص عناصر (أركان وشروط) يجب توافرها حتى يعتد به بصفته سببا من أسباب الاباحة، كما له مصادر لمشروعيته وذو طبيعة خاصة في حكمه وتطوره واسسه واثاره لذا توزع دراسته على ثلاثة مباحث يخصص الأول لعناصره، والثاني لمصادره وتكييفه وتطوره والثالث لأسسه وآثاره.

المبحث الأول
عناصر الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي عبارة عن الوقوف بوسيلة مناسبة ضد خطر حال يهدد حقا من الحقوق التي يحميها الشرع (أو القانون).

ويعد سببا من اسباب اباحة الاعمال الجرمية إذا توافرت عناصره وعناصر كل شيء هي ما يتوقف عليها هذا الشيء فاذا كانت من اجزائه تسمى اركانا والا فتسمى شروطا. وشرط الشيء موجود قبل وجوده ، وركنه موجود حين وجوده.

اركان الدفاع الشرعي:

يؤخذ من تعريف الدفاع الشرعي ان اركانه الرئيسة ثلاثة وهي:

الخطر، وحق يتعرض للخطر، ورد مناسب للخطر. ولكل ركن من هذه الاركان شروط شرعية وقانونية يجب توافرها حتى يعد من اسباب الاباحة.

شروط الركن الأول (الخطر):

يشترط فيه شروط أهمها ما يأتي:

الشرط الأول: ان يكون مصدر الخطر عملا غير مشروع في حد ذاته والعبرة في عدم مشروعيته بوصف الفعل لا بمسؤولية الفاعل أي ان الخطر غير المشروع يبرر الدفاع بغض النظر عن أهلية مصدر الخطر وصنفه ونوعه وجنسه وأهليته الجنائية، وقد اجمع فقهاء الشريعة والقانون على جواز الدفاع ضد الخطر غير المشروع سواء أكان مصدره انسانا ام حيوانا وسواء كان الانسان ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا مسلما أو غير مسلم قريبا أو بعيدا بالغا عاقلا أو عديم الاهلية (كالصغير غير المميز والمجنون ومن في حكمهما).

غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في مساءلة المدافع مدنيا في حالة عدم أهلية مصدر الخطر.

فقال جمهورهم: المدافع لا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا فلا يعاقب ولا يطالب بالتعويض والدية لان العبرة بوجود خطر غير مشروع يهدد حقا مشروعا محميا (معصوما).

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه: بالضمان المدني إذا كان مصدر الخطر مجنونا أو صبيا غير مميز أو من في حكمهما أو حيوانا إذا كان دفع الخطر بقتل مصدره لان فعل من لا يكون اهلا للمسؤولية الجنائية لا يوصف بانه جريمة لعدم توافر الارادة المعتبرة في تحقق الجريمة وبناء على ذلك تجب الدية على المدافع إذا قتل المعتدى المجنون أو الصبي غير المميز وتجب قيمة الحيوان المعتدي لصاحبه إذا قتله دفاعا عن النفس.

وفرق أبو يوسف (رحمه الله) بين الحيوان والانسان عديم الاهلية، فقال بضمان قيمة الحيوان إذا قتله المدافع دون ضمان عديم الاهلية.[1]

والذي ارجحه هو رأي جمهور فقهاء الشريعة لان الاعتداء في حد ذاته جريمة بغض النظر عن مصدره ولا يفقد الصفة الجرمية بعدم أهلية المعتدى.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا: ويعتبر حالا في احدى الحالتين التاليتين:

احداهما: ان يوشك ان يقع ولم يقع بعد ولكن يكون وقوعه متوقعا في الظن الغالب للمدافع بأن كان هناك دلائل معقولة وقرائن موضوعية تدل على ان المعتدي سينفذ عدوانه وغلب على ظنه انه إذا لم يتدارك هذا الخطر وقع عليه.

الحالة الثانية: هي ان يقع بالفعل وظل مستمرا ولم ينتهِ بعد وفي هذه الحالة يكون للدفاع دور وقائي لايقاف استمرار الخطر كأن يرميه المعتدي (الصائل) بطلقة نارية ولم تصبه فيحاول رميه بطلقة ثانية أو يدخل السارق وهو ينوي الاعتداء على حياته أو ماله أو عرضه ففي هذه الحالة لصاحب الدار أو من هو حاضر فيها ان يلجأ إلى دفع الخطر بوسيلة يتوقف عليها الدفع[2].

الشرط الثالث: ان تكون ارادة المعتدى (الصائل) جدية للعدوان مع امكان وقوع الخطر على الظن الغالب للمدافع بناء على اسباب معقولة وليس له الدفاع إذا وجد المقابل هازلا مازحا أو كان جديا ولكن لايمكن وقوعه لوجود ما يحول دونه بان يقصده من وراء حائط أو حائل أو نهر، أو حصن، أو نحو ذلك.

---

[1] ينظر: تكملة البحر الرائق: ٣٤٨/٨. ورد المحتار لابن عابدين (محمد امين) ٤٨٢/٥.

[2] ينظر في المراجع الفقهية: القرافي/ المرجع السابق:١٨٤/١؛ ٢٣٧/٤، الأنوار للعلامة يوسف الأردبيلي الشافعي: ٣٤٣/٢.

الشرط الرابع: ان يكون الخطر حقيقيا: بان كان قائما في الواقع ونفس الأمر في ذهن المدافع على الأقل بان يغلب ظنه على انه امام خطر جدي وشيك الوقوع سواء كان ظنه مطابقا للواقع أولا على ان يكون هناك اسباب معقولة تعزز هذا الظن الغالب البيّن خطؤه وهو يرفع المسؤولية الجزائية دون المدنية استنادا إلى قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[1] وقال الرسول ﷺ: ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[2] أي رفعت المؤاخذة والمساءلة الجزائية في حالات ارتكاب الجرائم تحت تاثير الخطأ أو النسيان أو الإكراه.

معيار الخطر الحقيقي:

من الواضح ان المعيار في الأصل شخصي (ذاتي) اضافة إلى المعايير المادية (الموضوعية) كالقرائن ووجه كونه شخصيا هو ان المدافع يغلب على ظنه ان هناك خطرا يمس مصلحة مشروعة يحميها الشرع (أو القانون) فلا يكفي الوهم الذي هو الطرف المرجوح للظن الذي هو الطرف الراجح ومن باب أولى انه لا يكفي الشك الذي هو التردد بين الوجود والعدم على حد سواء دون ترجيح كفة احدهما على الآخر.

لذلك لا يشترط اليقين الذي هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع لانه قمة الادراك فاشتراطه قد يضحى بحق الدفاع الشرعي لكن يجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار سن المدافع وصنفه ودرجة ادراكه وقوة اعصابه كما عليه ان لا يهمل اعتبار الظروف الموضوعية للواقع ليلاً أو نهاراً داخل المدينة أو خارجها.

الشرط الخامس: عدم مشروعية الخطر: يشترط في الخطر الذي يبرر الدفاع ان لا يكون هذا الخطر مشروعا وبناء على ذلك لا يحق لمن صدر عليه الحكم بعقوبة ان يقف ضد تنفيذها بحجة تعرضه لخطر الاعدام أو سلب حريته أو نحو ذلك لان تنفيذ الحكم مشروع يجب الخضوع له.

وكذلك ليس للجندي الذي يؤمر بان يتقدم للخط الامامي في المعركة للوقوف ضد اعتداء المعتدي الامتناع وعصيان الامر، لأن هذا التقدم واجب عليه فلا يحق له ان

---

(١) (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً) الأحزاب: ٥

(٢) سنن ابن ماجه ، ج١،ص ٦٥٩ ، رقم ٢٠٤٣ ، وسنن البيهقي الكبرى ، ج٦ ، ص٨٤ ، رقم ١١٢٣٦ ، موارد الظمآن ، ج١ ، ص٢٦٠ ، رقم ١٤٩٧

يحتج بأنه يتعرض لخطر القتل أو الاسر أو نحو ذلك. وليس للشرطي المأمور باقتحام مكان اختفى فيه الهارب من العدالة ان يمتنع عن هذا الاقتحام بحجة تعرضه للخطر، لان هذا العمل واجب عليه بحكم وظيفته.

الشرط السادس: أن لا يزول الخطر[1] قبل البدء بالدفاع.

ويعتبر الخطر زائلا في احدى الحالات الآتية:

أ ـ مقاومته من المدافع بفعل مشروع إذا قام بعمل مشروع ادى إلى شلل الاعتداء فليس له ان يستمر بل عليه ان يكتفي بهذا القدر لان الخطر قد زال.

ب ـ تراجع المعتدى بعد تصميمه على ارتكاب العدوان وذلك بدافع ارادي كما في جريمة الشروع إذا كفّ نفسه عن العمل بارادته واختياره.

ت ـ هرب المعتدي قبل تنفيذ جريمته فلا يجوز للمدافع ان يتبعه بدافع الدفاع ولا باس إذا كان لغرض القاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة.

ث ـ عجز المعتدي عن تنفيذ اعتدائه لاسباب خارجة عن ارادته.

ج ـ تمكن المعتدى عليه من الهروب لاجل الخلاص من شر المعتدي بدلا من اللجوء إلى استخدام وسيلة الدفاع.

وجدير بالذكر ان المدافع في حالة الدفاع الشرعي لا يكلف لا شرعا ولا قانونا بالهروب لانه مشين يدل على الجبن لكن إذا كان المعتدي ذا صلة قريبة به كان يكون أبا أو أما أو أخا أو أختا أو أحد الزوجين يفضل الهروب على الدفاع لانه في هذه الحالة عمل محبذ لاستبعاد المضاعفات السلبية والندم في وقت لا يفيد الندم.

الشرط السابع: ان لايكون الاعتداء ناشئا عن تقصير المعتدى عليه: كاستفزازه للمعتدي أو بدئه للعدوان أو أي سبب آخر يصدر من المعتدى عليه ويدفع المعتدي إلى اعتدائه.

وبناء على ذلك لا تعتبر مقاومة الزوجة الزانية وشريكها ضد الزوج الناوي قتلهما أو قتل أحدهما[2] دفاعا شرعيا.

الشرط الثامن: ان يكون الاعتداء جريمة: وهذا الشرط مختلف فيه ومن الواضح ان اعتداء

---

[1] لا يجوز الدفاع إذا كان خطر الاعتداء قد انقضى فاذا نفذ الجريمة وانهزم لا يجوز متابعته الا لالقاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة وكذا السارق مثلا إذا القى المسروقات وعمد إلى الفرار فلا محل للدفاع خوفا من وقوعه فلا مبرر للاباحة. ينظر القللي المرجع السابق ص٣٢٠.

[2] المرجع السابق ص٣١٩.

الحيوان على الانسان لا يوصف بانه جريمة بخلاف اعتداء المجنون ومن في حكمه.
والمنطق القانوني يقتضي عدم الأخذ بهذا الشرط لان الحكمة من الدفاع الشرعي دفع خطر يهدد مصلحة أو (حقا) يحميه القانون وهذا الحكمة متوفرة في حالة كون المعتدي حيوانا.

شروط الركن الثاني: (الحق محل الاعتداء)

ويشترط فيه ان يكون من الحقوق المحمية شرعا وقانونا كالدين والحياة والعرض والمال ونحو ذلك مما يقره القانون ويحميه.

وبناء على ذلك ليس للصيدلاني مقاومة اتلاف ادويته إذا كانت فاسدة أو أصبحت غير صالحة للاستعمال وليس للتاجر الدفاع عن اتلاف أو مصادرة المواد الغذائية غير الصالحة.

ولا للمحتكر ان يدافع عن امواله المحتكرة إذا عرضتها السلطة العامة للبيع بسعر السوق وليس للمهرب ان يدافع عن الاموال المهربة بطريقة غير مشروعة إذا ارادت السلطة العامة مصادرتها وغير ذلك من الحقوق التي لا يقرها الشرع أو القانون وبالتالي لا يحميها.

شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):

لا يشترط في هذا الركن ان يكون المدافع صاحب المصلحة المحمية في الشرع أو القانون والمعرضة لخطر الاعتداء بل الدفاع مباح وقد يكون واجبا عن مصلحته ومصلحة غيره رغم عدم وجود أية علاقة مع هذا الغير بقرابة أو زواج أو زمالة أو صداقة أو نحو ذلك فعلى كل انسان متمكن ان يدافع عن حق الغير إذا تعرض للخطر.

ولا يعتد برضاء المعتدى عليه بالاعتداء إذا كان هذا الرضا مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فإذا مكنت امرأة متزوجة أو غير متزوجة نفسها لشخص يعاشرها جنسيا فعلى كل من يعلم ذلك ان يقوم بعمل الدفاع ضد وقوع تلك الفاحشة لانها اعتداء على قيم واخلاق المجتمع.

وكذلك لا يعتد برضاء المريض إذا اعطى الاذن للطبيب بأن ينهي حياته تخلصا من مرضه وآلامه الذي لا يرجى شفاؤه لان هذا الاذن بمثابة الانتحار وهو محرم باتفاق الشرائع والقوانين ومن اهم شروط دفع الاعتداء ما يأتي:

١ـ ان يكون استعمال القوة لدفع الاعتداء ضروريا ولازما وجدير بالذكر انه لا يوجد معيار

موضوعي للتمييز بين ما هو لازم وغير لازم بل هذا الموضوع متروك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إذا حصل فيه الخلاف وبالتالي لا يخضع لرقابة سلطة قضائية عليا.
ومعيار القوة اللازمة شخصي لذا تختلف باختلاف حجم الاعتداء. وشخص المعتدي والمعتدى عليه من كونه ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا اضافة إلى ذلك فان حجم هذه القوة يتأثر بتأثير ظروف الاعتداء. فظرف الليل يختلف عن النهار وظرف العمران يختلف عن خارجه وهكذا..والمهم ان يكون تقدير المدافع مبنيا على أسباب معقولة مقبولة.

٢- ان تكون القوة المستعملة في الدفاع هي الوسيلة الوحيدة لبلوغ غاية دفع الخطر وبناء على ذلك ليس لحق الدفاع الشرعي وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة بأن يكون لدى المدافع وقت كاف للاستعانة بها.
وكما ذكرنا في بعض الحالات من المفضل اللجوء إلى الهرب بدلا من استخدام القوة وبوجه خاص إذا كان المهاجم حيوانا أو انسانا عديم التمييز كالمجنون أو أحد الأقارب أو أحد الزوجين.

٣- ان تكون الوسيلة المستعملة في الدفاع الشرعي مناسبة لخطورة الاعتداء وفي الفقه الشافعي لا يشترط تماثل الوسيلة إذا توقف الدفع على وسيلة دفاعية وحيدة متاحة تكون اخطر من وسيلة الاعتداء فقالوا: لو كان الصائل يندفع بالسوط أو العصا والموصول عليه لا يجد الاالسيف فالصحيح ان له الضرب به لانه لا يمكنه الدفع الا به[1].
وفي فقه الامامية: للإنسان ان يدفع عن نفسه وحريمه وماله ما استطاع ويجب اعتماد الأسهل، والتجاوز يتحقق إذا استعمل القدر الجسيم من القوة مع كفاية القدر اليسير لمقاومة الاعتداء. ولكن لا يلزم المدافع بهذا القدر اليسير الا إذا استطاع به مقاومة الاعتداء[2] وهذا الكلام في معناه لا يختلف مع الشافعية.
وفي الفقه الزيدي: يجب في الموافقة تقديم الأخف فالاخف فأن عدل إلى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن[3].
وقد نص القران الكريم على المماثلة بين خطر الاعتداء وخطر دفع هذا الاعتداء فقال

---

[1] مغني المحتاج للخطيب الشربيني:٤/١٩٦.
[2] شرائع الإسلام للحلي:٤/١٨٩.
[3] البحر الزخار للامام احمد بن يحي:٥/٢٦٩.

سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾، واكد التقيد بهذه المثلية بقوله: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ﴾ أي عليكم خوف عقاب الله في حالة التجاوز عن الحدود المطلوبة لدفع الخطر ثم جاء بتأكيد ثان في نفس الاية بقوله: ﴿أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ أي الذين يخافون من الله ولا يتجاوزون حدوده ونصت م٤٥ من قانون العقوبات العراقي القائم على انه لا يبيح حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع.

تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

كما ذكرنا انفا ان التناسب بين الاعتداء والدفاع شرط اساس لمشروعية الدفاع الشرعي ويكون الرد غير مناسب إذا زاد عن القدر اللازم لدفع الاعتداء.[1]

التجاوز في حدود الدفاع الشرعي يفترض توفر كل شروط الدفاع ما عدا شرط فقدان التناسب إثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث المسؤولية الجزائية ولتحديد مسؤولية التجاوز يجب التمييز بين الحالات الثلاث الاتية:

١- تجاوز حدود الدفاع الشرعي عمدا بأن يقصد استعمال قوة تزيد على الحد اللازم لدرء خطر الاعتداء مع استطاعة دفعه بأقل كأن يكون بامكانه الدفع بغير القتل الذي ارتكبه المدافع ومن الواضح ان الجريمة في هذه الحالة تكون عمدية.

٢- التجاوز اهمالا: ويعتبر اهمالا إذا لم يستطع المدافع تحديد جسامة الخطر الذي يهدده اهمالا منه فاستعمل قوة تزيد على ما يقتضي دفعه كما لو كان الاعتداء واقعا بعصا أو الة اخرى غير جارحة جراحا بالغة ورغم ذلك لم يحدد جسامة خطر الاعتداء فاستعمل الوسيلة المميتة، ويعتبر المدافع في هذه الحالة مرتكبا جريمة غير عمدية.

٣- تجاوز حدود الدفاع الشرعي خطأ كأن اعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وهو خاطيء في هذا الاعتقاد، وكما لو ظن ان هنالك خطرا يهدده بالقتل فسارع إلى قتل مصدر هذا الخطر المظنون ظنا خاطئا غير مبني على اسباب معقولة..

---

[1] من القرارات التمييزية لمحكمة التمييز القرار رقم ٣١١ جنايات ٩٧١ في ١٩٧١/٣/١ (ان قرار تجريم المتهم وفق م٤٠٥ من قانون العقوبات موافق للقانون لذا قرر تصديقه. وبما ان الواضح من جريان التحقيقين والمحاكمة ان الحادث واقع عن تجاوز الدفاع لذا كان على المحكمة الكبرى ان تراعي هذه الجهة وتصدر قرارها بالعقوبة بدلالة م٤٥ من نفس القانون نقلا عن المحامي محسن ناجي الاحكام العامة ص٢٦١ .

وجدير بالذكر ان الظن الخاطىء يعتد به إذا كان مبنيا على اسباب معقولة .

اثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث العقوبة:

المدافع يسأل مسؤولية جزائية عن جريمة عمدية في الحالة الاولى وعن جريمة غير عمدية في الحالتين الثانية والثالثة المذكورتين غير ان القانون في الحالات الثلاث اعطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية فاجاز له الحكم بالعقوبة المقررة إذا كان التجاوز كبيرا كما اجاز له تخفيف العقوبة بأن يعاقب بعقوبة جنحة إذا كان الفعل جناية، وبعقوبة مخالفة إذا كان جنحة[1] وعذر التخفيف عذر قانوني اقرته (م٤٥) وخولت المحكمة ان تستبدل عقوبة اخف بالعقوبة المقررة.

والتخفيف ليس امرا ملزما للمحكمة[2] كما انه ظرف قضائي وفق م١٣٤ عقوبات، لان التجاوز في ظرف حالة الدفاع، وظرف الدفاع، ذو طبيعة ازدواجية فهو عذر قانوني مخفف، كما نصت عليه (م٤٥)، وظرف قضائي مخفف لان تخفيف العقوبة بالحدود التي حددها نص(م٤٥) أمر جوازي للمحكمة ان تحكم به أو لا تحكم به، مراعية في ذلك ظروف كل حالة بمفردها.

الرقابة القضائية على توافر حالة الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده:

لا تملك محكمة التمييز الرقابة على استخلاص الوقائع والظروف التي يستنتج منها وجود حالة الدفاع الشرعي لانه امر يتعلق بالوقائع ويدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية، ولا على ما يستنتجه قاضي الموضوع من الظروف والوقائع فيما يعده تجاوز الحدود الدفاع الشرعي فعلى محكمة الموضوع ان تبين في حكمها الظروف والوقائع التي استنتج منها وجود الدفاع الشرعي وتجاوز المدافع عن حدوده ليتسنى لمحكمة التمييز ان تراقب إذا كانت تلك الاركان والشروط متوافرة اولا[3].

---

[1] الجناية جريمة معاقب عليها باحدى العقوبات الثلاث التالية:الاعدام، والسجن المؤبد، والسجن اكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة(م٢٥) الجنحة:جريمة معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس الشديد والبسيط اكثر من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات (م٢٦). المخالفة جريمة معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس البسيط (٢٤) ساعة إلى ثلاثة اشهر بالغرامة لا يزيد مقدارها عن ثلاثين دينارا(م٢٧).

[2] كما هو الشأن في الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في (م١٣٢) عقوبات.

[3] الاستاذ محسن ناجي المرجع السابق، ص٢٦٤.

المبحث الثاني
مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره

أولا. مصادر الدفاع الشرعي:

في الشريعة الإسلامية مصادر مشروعية الدفاع الشرعي: القران، والسنة النبوية، والإجماع، والعقل السليم:

أولا: القران الكريم

وردت فيه ايات كثيرة تدل دلالة واضحة صريحة على مشروعية الدفاع الشرعي وبالتالي على كونه من أسباب الإباحة ومن تلك الايات قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.[1]

قوله تعالى: (فَاعْتَدُواْ) أمر وكل أمر للوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك والمراد بالاعتداء هنا الدفاع الشرعي سمى به رعاية للجناس من الناحية البلاغية لأن عمل الصائل يسمى اعتداء ورده سمي به ايضا للرعاية المذكورة نظير قوله تعالى: ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾[2] وقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُواْ اللّهَ﴾ أمر بالتقيد بالمثلية وعدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي أي خافوا من الله ومن عقابه على كل تجاوز عن القدر اللازم لرد الاعتداء واكد مرة اخرى ذلك بقوله: ﴿أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ أي مع الذين يتقون ويخافون من ربهم ويلتزمون بالقدر الضروري اللازم لدفع الاعتداء.

ثانيا: السنة النبوية:

أكد الرسول ﷺ ما جاء في القران الكريم فيما يتعلق برد العدوان والتقيد بحدوده في احاديث كثيرة منها قوله: ((من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد،

---

[1] سورة البقرة/١٩٤.

[2] سورة الشورى ـ الاية:٤٠.

ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون اهله فهو شهيد))[١].

وقوله: (من قتل دون مظلمة فهو شهيد)[٢]، وقوله (من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر)[٣] أي وضعه في موضع يريد به القتل وضرب الناس بغير حق.

وقوله: (انصر أخاك ظالما أو مظلوما قالوا: يا رسول الله هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالماَ؟ قال تأخذ فوق يده)[٤] أي تمنعه من الظلم وقد جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: (يا رسول الله أرأيت[٥] ان جاء رجل يريد اخذ مالي، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت ان قاتلني؟، قال: اقتله، قال: أرأيت أن قتلني؟ قال: فأنت شهيد قال أرأيت أن قتلته؟ قال هو في النار)[٦]

ثالثا: الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة على مشروعية الدفاع الشرعي استنادا إلى القران الكريم والسنة النبوية والإجماع في هذه الحالة ليس مصدرا وانما هو تأكيد لما في القران والسنة النبوية فلا ينطبق عليه تعريف علماء اصول الفقه للإجماع[٧].

رابعا: العقل السليم:

فالعقل السليم يقضي بصحة كل ما ورد في القران والسنة النبوية ثم أن من مقتضى العقل السليم ان لا يترك المعتدى عليه تحت رحمة المعتدي بدون دفاع إلى ان يستعين بالسلطة العامة أو يتحمل اذى الاعتداء. وبناء على ذلك اعتبار الدفاع الشرعي حقا أو واجبا وسببا من اسباب الاباحة عمل مقبول ومعقول بمقتضى العقل السليم. مصادره في القانون تنحصر في قوانين العقوبات والتشريعات الجزائية .

---

[١] رواه الترمذي عن سعيد بن زيد وقال حديث حسن صحيح، ينظر جامع الترمذي: ٤/٦٨١ رقم الحديث (١٤٤٠) ، وينظرسنن ابي داود بشرح عون المعبود: ٣/١٢١.

[٢] سنن النسائي :٧/١١٧ رقم الحديث(٤٠٩١).

[٣] مسلم بشرح النووي: ٣/١٦٣.

[٤] رواه البخاري بشرح فتح الباري:١٢/١٨٥ ورواه مسلم بشرح النووي١١/١٥٩ ـ١٦٠ رقم الحديث (٤٠٩٧).

[٥] أي اخبرني عن حكمه.

[٦] سنن النسائي بشرح السيوطي:٧/١١٧.

[٧] حيث عرفوه بانه اتفاق مجتهدي امة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي. ومن الواضح ان حكم الدفاع الشرعي ليس اجتهاديا لانه منصوص عليه ولا اجتهاد في مورد النص.

ثانيا. تكييف الدفاع الشرعي:

تكييف كل مصطلح هو تحديد صفته الشرعية أو القانونية من حيث الطبيعة والمراد بالتكييف هنا حكمه الشرعي أو القانوني بالنسبة للمدافع. وقد اختلف فيه الفقهاء[1]:

أ ـ فمنهم من قال انه واجب مطلقا.

ب ـ ومنهم من يرى انه حق مطلقا.

ت ـ ومنهم من ذهب إلى التفصيل فقال: الدفاع عن العرض واجب وعن غيره حق فمن حاول الاعتداء على العرض فعلى كل متمكن دفع انجاز هذه المحاولة سواء كان المعرض لخطر الاعتداء عرضه أو عرض غيره.

ث ـ واكثر الفقهاء قالوا: الدفاع عن المال حق وعن غيره واجب والراجح انه واجب مطلقا بالنسبة لغير المال اما بالنسبة اليه فاذا كان المال مهما في ذاته أو بالنسبة لصاحبه فهو ايضا له حكم غيره من الوجوب والا فليس بواجب لا على صاحبه ولا على غيره لان المال يعوض بخلاف غيره.

ج ـ وكان الاتجاه المسيحي المتأثر به بعض القوانين ذاهبا إلى تكييفه بأنه عذر لا يجرد الفعل الجرمي المستعمل في الدفاع الشرعي من صفته الجرمية ولكنه مانع من العقاب فمن دافع عن نفسه أو عرضه أو ماله بفعل يكون جريمة في اصله فعليه أن يستغفر ويتوب إلى الله من ذنبه وكان على المدافع ان يلجأ إلى الهرب من المعتدي إذا استطاع وكان الهرب سبيلا للنجاة.

ورغم ذلك قالوا: ان على المرء ان يدافع عن حق غيره كما يدافع عن حق نفسه، وسرت هذه الفكرة الكنسية في تكييف الدفاع الشرعي بأنه عذر مانع من العقاب وليس من اسباب الاباحة إلى التشريع الفرنسي في عهده القديم، فالقاتل دفاعا عن نفسه لم يكن يعتبر في حل مما اتاه بحكم القانون بل كان عليه ان يلتمس الصفح من الملك فعليه ان يقدم التماسة حاسرا الرأس جاثيا على ركبتيه ويأوى إلى السجن حتى يصدر الأمر بالعقوبة، غير ان التماس العفو لم يكن ليرفض ما دام يتبين أن هناك ضرورة الدفاع عن الحياة وقد عدل عن هذه الفكرة المشرع الفرنسي بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وعاد إلى الفكرة السابقة في

---

[1] ينظر:ابن عابدين في الفقه الحنفي:٣٨٢/٥. والمهذب في الفقه الشافعي:٢٢٤/٢. والمغني في الفقه الحنبلي١٠/٣٥٤.

القانون الروماني واعتبر الدفاع حقا ومن اسباب الاباحة في قانون العقوبات الصادر عام١٨١٠م ونص على ذلك المادة(٣٢٨) منه في باب القتل والجرح وانتقل ذلك إلى القانون المصري.[١]

ثالثا. التطور التاريخي للدفاع الشرعي:

الدفاع ضد الاعتداء. غريزة طبيعية لكل كائن حي متحرك بالإرادة سواء أكان انسانا ام حيوانا. ويعد الدفاع اقدم سبب من اسباب الاباحة طبيعة وعرفا وقانونا لكن مر بتطور يمكن ايجازه في الاتي:-

بدأ حق الدفاع الشرعي خاصا يمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيرته أو قبيلته وظل على هذا النمط إلى نشوء الدولة حيث احتكرت بعد نشأتها حق الدفاع عن الافراد الخاضعين لها لنفسها باعتباره مظهرا من مظاهر سيادتها وبذلك اصبح كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة لكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها.

ومن هذا الواقع نشأ الدفاع الشرعي أولا حقا طبيعيا لكل فرد ان يمارسه بحريته ثم خضع للقانون من حيث التنظيم ولسيادة الدولة من حيث التنفيذ.

وقد اخذ الدفاع الشرعي خلال مروره بالتطور طابع الافراط والتفريط[٢] ويبدو الافراط والسماح اللامحدود في استخدام العنف والقوة بدون قيد أو شرط واضحا في القانون الروماني حين كان الدفاع الشرعي يعد حقا طبيعيا منحه القانون الطبيعي للمعتدى عليه دون ان يخضعه لشروط أو قيود.

ويتجلى هذا الاطلاق والافراط في قول مارس توليوس الكاتب السياسي الروماني الشهير ب(شيشرون) ١٠٦ ـ ٤٣ق.م : (لا صوت للقانون في معترك السلاح).

كما ان التفريط واضح في التعاليم المسيحية التي كادت تمحي من الوجود الصفة الشرعية للدفاع الشرعي ومرد ذلك إلى ان هذه التعاليم جاءت كرد فعل لما كانت يسود الدفاع الشرعي من القسوة وروح الانتقام ومقابلة الشر بشر اكثر قسوة واشد خطورة ومن الشواهد على طابع التفريط للدفاع في ضوء تلك التعاليم ما جاء في العهد الجديد (انجيل

---

[١] الاستاذ القللي المرجع السابق،ص٣٠٣.

[٢] الافراط التجاوز عن الحد من جانب الزيادة والتفريط التقصير والتجاوز عن الحد من جانب النقصان.

متى)[١] مما نصه: (وأما أنا فأقول لكم لا تقاوموا الشر بل من لطمك على خدك الايمن فحول له الاخر، ومن اراد ان يخاصمك ويأخذ ثوبك فأترك له الرداء أيضا ومن سخرك ميلا واحدا فاذهب معه اثنين).

وفي البيئة العربية[٢] كان الدفاع الشرعي في المجتمع العربي ـ كأي مجتمع اخر بدائي ـ يتمثل في غريزة الثأر والانتقام من المعتدى أو ممن ينتمي إلى عشيرة المعتدى أو قبيلته ولم يكن هناك دفاع شرعي بمفهومه الصحيح، فاذا أعتدى فرد من عشيرة أو قبيلة على اخر من عشيرة اخرى أو قبيلة اخرى يتم رد هذا الاعتداء بدافع الثأر والانتقام من شخص المعتدى عليه أو من آخر ذي صلة به كما ذكرنا، واحيانا كان اعتداء فرد على اخر يؤدي إلى مضاعفات سلبية بل إلى حروب مستمرة سنوات بين قبيلة المعتدي وقبيلة المعتدى عليه.

ثم بعد مرور زمن تطورت فكرة الثأر والانتقام العشوائي إلى فكرة تسليم الجاني لعشيرة أو قبيلة المجني عليه فأن شأوا استعبدوه وان شأوا قتلوه فاذا جعلوه عبدا يفقد شخصيته القانونية ويصبح جزءا من ممتلكات سيده كأي مال منقول يباع ويشترى وكان كل ما يكسبه في حياته ملكا لسيده لانه لم يكن اهلا للتملك.

ثم تطورت فكرة التسليم إلى نظرية الدية التي تدفع من الجاني أو عشيرته لولي الدم وأسرة المجني عليه وقد سبق بيان ما يتعلق بالدية في الفصل الثاني ثم جاء الإسلام فحدد الدفاع الشرعي وبين اركانه وشروطه وأحكامه وهذب نظام القصاص والدية تهذيبا يحمي كرامة الانسان وشخصيته ويمنع التجاوز على الجاني وعلى غيره وأقر مبدأ شخصية الجريمة ومبدأ شخصية العقوبة في آيات منها قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾.[٣] ومنها قوله تعالى: ﴿وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[٤] ومنها قوله: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾[٥].

وهكذا هناك نصوص في القران الكريم والسنة النبوية تحمي حياة الانسان وعرضه وماله وتحرم الاعتداء عليه بغير حق.

---

[١] الاصحاح الخامس(٣٩ـ٤١).

[٢] فلسفة وتاريخ القانون الجنائي الاستاذ الدكتور-علي راشد محاضرات الدراسات العليا في القانون المطبوعة على الرونيو:ص٥١.

[٣] سورة البقرة/١٩٤.

[٤] سورة الانعام / ١٦٤ .

[٥] سورة المائدة/٣٢.

المبحث الثالث
أساس الدفاع الشرعي واثاره

أساس كل شيء ما يبنى عليه غيره واساس الدفاع الشرعي ليس مصدره ولا عناصره وانما هو المبرر الفلسفي لمشروعيته وبالتالي جعله سببا من اسباب تحويل الفعل الجرمي إلى فعل مباح بتجريده من صفته الجرمية واخراجه من كونه مشمولا بالنص الشرعي الذي جرمه بناء على قاعدة تخصيص العام أو تقييد المطلق.

وقد وردت عدة نظريات بشأن تحديد أساس الدفاع الشرعي ولا تخلو كل واحدة منها من عيب أو نقص أو عدم اصابة للواقع والحقيقة ونحاول ان نستعرض اشهر واهم تلك النظريات بايجاز فيما يأتي: ـ

أولاـ نظرية الإكراه المعنوي:[١]

مضمونها ان الدفاع الشرعي يستند إلى اعتبارات شخصية مستمدة من نفسية المعتدى عليه وتأثره بضغط غير مشروع من شخص اخر يولد خوفا ورهبة في قلبه وبالتالي يدفعه إلى ما لا يرغب فيه في حالة عدم وجود الإكراه.

ويعتبر ما يقدم عليه المدافع ضد المعتدي ناشئا عن حالة الرعب التي تصيبه ومن مقتضيات الغريزة اللارادية فلا مجال لمسؤوليته ما دام لم يرتكب الجريمة باختياره وانما هو مكره ومسوق إلى ارتكابها فلا حول له ولا قوة فعمله لا يستند إلى الخطأ الذي هو من اهم اركان المسؤولية وقد مال إلى هذا الاتجاه كثير من كتاب العصر الحديث في المانيا[٢]

وتنتقد هذه النظرية من أوجه متعددة منها:

١ـ أن المدافع يأتي ما يأتيه باختياره وإرادته الحرة وإدراكه الواعي وهو تمالك لكل قواه العقلية والبدنية حين يقرر مدى خطورة الاعتداء ويختار لدفعها الوسيلة المناسبة رغم ضيق مجال اختياره.

---

[١] وهو ما يسمى الإكراه الملجىء في الفقه الاسلامي.

[٢] الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية ص٣٠٥.

٢- الإكراه سواء كان معنويا أو ماديا في حد ذاته مانع من موانع المسؤولية الجزائية ومانع المسؤولية الجزائية اعم مطلقا من سبب الإباحة فكيف يعتبر اساسا لاباحة الدفاع الشرعي وتجريد الفعل من صفته الجرمية وبالتالي إلى رفع المسؤوليتين الجزائية والمدنية؟

٣- واذا سلمنا جدلا ان الاساس هو الإكراه في حالة الدفاع الشرعي عن حياته وعرضه أو ماله فكيف يصلح اساسا في حالة الدفاع عن حياة الغير مع انه في هذه الحالة يتطوع باختياره وارادته الحرة للقيام بهذا الدفاع.

٤- الأخذ بهذه النظرية يستلزم عدم مساءلة المتهم الهارب عن العدالة عن مقاومته ضد من يريد القاء القبض عليه من السلطة العامة لانه في هذه الحالة يجد نفسه مكرها على مقاومته بمقتضى غريزته فيقاوم ما ليس في مصلحته.

وبناء على هذه الانتقادات والملاحظات لا يصلح الإكراه ان يكون اساسا للدفاع الشرعي.

ثانيا- نظرية مجازاة الشر بالشر:

مضمون هذه النظرية هو ان ما يقوم به المدافع عمل اجرامي به يدفع جرم المعتدي فهو يشبه المقاصة في الديون والالتزامات المدنية فالأساس مقاصة بين شر المعتدي وشر المعتدى عليه واذا سقط بالمقاصة والمجازاة فلا يبقى مبرر لمساءلة المدافع فجزاء الشر بالشر لا يترتب عليه الجزاء العقابي ولا الجزاء المدني وبالتالي لا توجه إلى المدافع المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنية.

ويناقش هذا الأساس من أوجه متعددة منها ما يأتي:

١- أن المقاصة تتطلب مساواة طرفيها، وهذه المساواة لا تتحقق في الدفاع الشرعي عندما يكون شر المعتدي مجرد تهديد بخطر حال وشر المعتدى عليه قد يكون قتلا.

٢- خلط هذا الرأي بين الدفاع الشرعي وحق العقاب فالأول ليس عقابا وانما هو وسيلة لدفع خطر محدق.

٣- لو صح القول بأن الدفاع الشرعي مجازاة شر بشر لما جاز للسلطة العامة ان تعاقب المعتدى على جريمة اعتدائه بعد الرد بالدفاع إذا لم يؤد الدفاع إلى هلاكه الجسدي كليا لانه لا يجوز ان يعاقب شخص مرتين على جريمة واحدة في حين ان المعتدي إذا بقى على قيد الحياة بعد اعتدائه ودفعه فانه يحال إلى القضاء لمساءلته ومحاسبته

ومعاقبته.

ثالثاً ـ نظرية تضارب المصالح وترجيح مصلحة المدافع:

تقوم هذه النظرية على اساس فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة لان القانون كما يحمي حقوق المعتدى عليه كذلك يحمي حقوق المعتدى غير ان المعتدي قد أهدر نفسه حماية حقوقه باقدامه مسبقا على الاعتداء، وعلى هذا الاساس يبيح القانون التضحية بالمصلحة الاقل اهمية (مصلحة المعتدي) في سبيل حماية المصلحة الاكثر اهمية (مصلحة المعتدى عليه).

وينتقد هذا الاساس من الاوجه التالية:

١ـ الاصل في القانون انه يحمي الحقوق كافة بغض النظر عن درجة اهميتها فلا يوجد هناك درجات للاهمية من حيث الحماية القانونية.

٢ـ لو صح ان المعتدي يفقد حرمة مثل الحق الذي اعتدى عليه لكانت النتيجة المنطقية ان السارق يفقد حرمة ملكه لاعتدائه على ملك الغير، ويفقد حرمة عرضه لانه اعتدى على عرض الغير وهكذا وهذا امر غير وارد في ميزان الشرع ومنطق القانون.

٣ـ ان هذا التعليل لتبرير الدفاع الشرعي وعده من اسباب الاباحة وبالتالي اسقاط الضمان الجزائي والضمان المدني إذا سلم به بالنسبة لذوي الاهلية من المعتدين فانه لا يبرر الدفاع الشرعي ضد عديمي الاهلية في حالة اعتدائهم على حقوق الغير لانه لا يمكن ان ينسب اليهم انهم هتكوا حقا للغيربارادتهم وبالتالي أهدروا حقوقهم المحمية قانوناً.

رابعاً ـ نظرية انتصار القانون:

يبرر انصار هذه النظرية مشروعية الدفاع الشرعي واعتباره سببا من اسباب الاباحة بان الاعتداء الاجرامي نفي لحكم القانون ودفع لهذا النفي ونفي النفي اثبات وبالتالي أن دفع الاعتداء بالاعتداء تاييد للقانون وانتصار له.

ومن الانتقادات التي يمكن ان توجه إلى هذه النظرية انه لو سلمت هذه الفكرة لجاز لكل فرد ان يمثل السلطة العامة ما دام تصرفه يناصر القانون ويؤيده وهذا مرفوض لان الدفاع عن الفرد والمجتمع هو من مظاهر سيادة الدولة، اما التدخل بدون مبرر قانوني فهو اعتداء على هذه السيادة.

خامساً ـ فكرة الرجوع إلى الاصل:

ومفادها ان الاصل هو ان يدافع كل فرد عن نفسه، كما كان كذلك قبل انشاء الدولة وبعد انشائها انتقل حق الدفاع من الفرد إلى المجتمع الذي تمثله الدولة لان المجتمع (أو الدولة) اقدر على هذا الدفاع وفعله أبعد من الفوضى وان الفرد اقرب إلى حدوث الاضطرابات والمضاعفات السلبية ولكن إذا عجزت السلطة العامة التي تمثل المجتمع عن اغاثة الفرد المعرض لخطر محدق حين الاعتداء عليه فان له ان يسترد حقه الاصلي في حماية نفسه أو عرضه أو ماله ما دام المجتمع عاجزا عن تلك الحماية أو غائبا ويرد على هذه الفكرة عدة ملاحظات منها:

١ـ ان هذه الفكرة متاثرة إلى حد بعيد بنظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو ومن حذا حذوه في تنازل الافراد للمجتمع عن حقوقهم مقابل حماية المجتمع لهم وهذه فكرة خيالية لا تخرج عن نسيج الخيال وليس لها واقع ملموس في تاريخ البشرية لان مثل هذا العقد لا يتصور في عصر لم تكن وسائل المواصلات موجودة بين الاسر البشرية المتباعدة بمسافات لا يعلم بعضها مكان بعض.

٢ـ في هذه الفكرة خلط بين الدفاع وبين العقاب لان الفرد عندما كان يدافع عن نفسه قبل الدولة كان دفاعه مبنيا على اساس عقاب المعتدى.

٣ـ إذا سلمت هذه الفكرة جدلا لتبرير دفاع الشخص عن حقه المعرض للخطر فانها لا تصلح ان تكون مبررة للدفاع عن حق الغير في حين ان الدفاع الشرعي عام شامل للدفاع عن حقوق المدافع وحقوق الغير ولو لم يكن لهذا الغير صلة به.

سادساً ـ فكرة الباعث الشريف:

ومفادها ان اعتداء المعتدي على مصالح الغير يكشف عن خطورته على المجتمع ودفع المدافع المعتدى عليه لخطر المعتدي ليس إلا عملا يخدم مصلحة المجتمع ويبعد عنه خطر المعتدي فعمله من قبيل العدل الاجتماعي ومن مصلحة المجتمع استئصال جذور تلك الخطورة. وما يقوم به المدافع ليس إلا عملا نابعا عن هذا الواقع ولذا يعد من اسباب الاباحة ويسقط عنه المسؤولية بكافة انواعها.

ويلاحظ على هذه الفكرة بأنها لا تشمل حالة كون كل من المعتدي والمعتدى عليه من الأشرار الخطرين على المجتمع فليس للمجتمع مصلحة في إبقاء احدهما وإفناء الآخر.

سابعاً ـ حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:

هذا الاساس للدفاع الشرعي هو ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ بدايتها لان مقاصد الشرع والقانون هي حماية مصالح المجتمع والافراد وقد نص القران الكريم على هذه الحقيقة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ ومن الواضح ان هذه الصياغة الكلامية (النفي بعد النفي) للحصر في ميزان علم البلاغة فحصر سبحانه وتعالى الغاية من الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الاسرة البشرية لأن الرحمة بمعنى المصلحة الإنسانية سواء كانت ايجابية (المنفعة المستجلبة) ام سلبية (المضرة المستدرأة) وسواء كانت مادية ام معنوية، دنيوية ام أخروية.

وعلى هذا الأساس يكون الدفاع عن المصلحة المشروعة واجبا لحمايتها سواء كان هذا الدفاع من السلطة العامة أو من الأفراد لأن الكل مسؤول عن هذه الحماية كما قال الرسولﷺ ((كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته)).[1]

ولو سلب الدفاع الشرعي عن كل انسان يتعرض لخطر حال لأدى ذلك إلى تشجيع المفسدين في الارض على التمادي في الاعتداء على ارواح الابرياء واعراضهم واموالهم لانه ليس بإمكان السلطة وحدها مكافحة الفساد وعلى هذا الاساس لا يسأل جنائيا ولا مدنيا من يساهم في تأمين الاستقرار والطمأنينة وإبعاد شبح الفوضى والفساد عن الفرد والمجتمع.

طبيعة الدفاع الشرعي وآثاره:

الدفاع الشرعي سبب ذو طبيعة موضوعية من وجهين:

احدهما من حيث كيانه الذي لا يتضمن اصلا عنصرا من العناصر الشخصية للمدافع.

والثاني من حيث أثره الذي ينصرف إلى الفعل المستعمل في دفع خطر المعتدى لا إلى شخص مدافع.

أما كيانه الموضوعي فتفسيره ان توفر سببيته للاباحة كسائر اسباب الاباحة يرجع إلى وجود قواعد قانونية تقيد اطلاق نصوص التجريم وتخصص عمومها فالكشف عن سبب الاباحة سواء اكان دفاعا شرعيا ام غيره كاداء الواجب واستعمال الحق وغيرهما ياتي موازنة

---

[1] الهيثمي/ مجمع الزوائد ٥/ ٢١٠ روي بإسنادين وأحد اسنادي الأوسط رجاله رجال الصحيح.

بين قاعدة التجريم وقاعدة الاباحة والتوفيق بينهما بتقييد أو تخصيص إحداهما لاطلاق أو عموم الاخرى دون ان يتطلب ذلك بحثا في نفسية الجاني الافي حالات استثنائية كحسن نية المتجاوز عن حدود الدفاع وسوء نيته .

اما الطابع الموضوعي لاثار الدفاع الشرعي فيقصد به تعلق هذه الاثار بالتكييف القانوني للفعل بغض النظر عن أهلية المعتدي والمعتدى عليه[1] .

ومن أهم الاثار المترتبة على الطابع الموضوعي للدفاع الشرعي ما ياتي :

١- تاثير سبب الاباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الدفاع فمتى ما توافرت عناصر الدفاع الشرعي يصبح الفعل مشروعا مباحا يستفيد من ذلك كل من ساهم فيه فلا يبقى فرق بين الفاعل[2] والشريك[3] ولا بين من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله وبين من يدافع عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ومن يحرض غيره على الدفاع أو يساعده أو يقدم له التسهيلات لدفاع الشرعي يستفيد من الاباحة وفلسفة ذلك ان الفعل المشروع المباح لا يصلح لان يكون محلا للمساهمة الجزائية سواء اكان المساهم فاعلا أم شريكا.

وجدير بالذكر ان هذه القاعدة خاصة بحالة الدفاع الشرعي وليست مطلقة فلا تطبق في سائر اسباب الاباحة لان اسباب الاباحة نوعان.

اسباب مطلقة كما في الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام واسباب نسبية كما في اداء الواجب بالنسبة للمسؤولين في الدولة واستعمال الحق بالنسبة للتاديب من قبل الازواج والاباء وغيرهم ممن له سلطة التأديب.

---

(١) د.محمود نجيب حسن المرجع السابق ص ١١٢ ، المبادىء العامة في قانون العقوبات ، د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي ، ص ٢٤٥ .

(٢) نصت م٤٧ عقوبات على انه (يعد فاعلا للجريمة : من ارتكبها وحده أو مع غيره ومن ساهم في ارتكابها اذا كانت تتكون من جملة افعال فقام عمدا اثناءارتكبها بعمل من الاعمال المكونة لها ومن دفع باية وسيلة شخصا على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائيا عنها لاي سبب كعديم الاهلية

(٣) ونصت م٤٨ على انه (يعد شريكا في الجريمة من حرض على ارتكابها فوقعت بناءعلى هذا التحريض ومن اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الانفاق ومن اعطى الفاعل سلاحا أو الات أو أي شي ء اخرمما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعد عمدا باي طريقة اخرى في الاعمال المجيزة أو المسهلة أو المتممة لا رتكابها).

فهذا النوع النسبي يراعى فيه العنصر الشخصي للفاعل فالزوج وحده يؤدب زوجته وكذلك الأب والمعلم والموظف والطبيب والرياضي في الألعاب الرياضية وغيرها من أسباب الإباحة النسبية.

فلا يستفيد من سبب الإباحة إذا كان أداء لواجب لا يقوم به الا شخص يحتل مركزا معينا أو يحمل صفة معينة كما في استعمال السلطة العامة فلا يستفيد منه الا من يكون موظفا عاما، وفي الأعمال الطبية والجراحية لا يستفيد من سبب الإباحة الا من كانت له صفة التطبيب أو من يكون من أعوانه كالمعاون الطبي والممرضة والمخدر ونحو ذلك.

٢ـ ومن آثار موضوعية الدفاع الشرعي من حيث سببيته للإباحة عدم تأثير الجهل بالواقع على صيرورة فعل غير مشروع إلى مشروع أو صيرورة غير المشروع[1] إلى المشروع فمن دفع خطرا عن شخص أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير وعرضه أو ماله وهو يجهل انه في حالة الدفاع الشرعي فلا تأثير لهذا الجهل والاعتقاد الخاطيء أي أثر على مشروعية فعله ما دامت الشروط الشرعية والقانونية متوفرة فيه، وكذلك العكس فلو قام بفعل ضد غيره وهو يعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وكان اعتقاده خاطئا فلا يكون له التأثير على الواقع وهو عدم كونه في حالة الدفاع الشرعي فلا يعتبر فعله مباحا ولا يحول الاعتقاد الخاطيء العمل غير المشروع إلى العمل المشروع.

٣ـ الغلط في عناصر الدفاع الشرعي لا يغير الواقع فلو كان المدافع يظن أن عنصرا من عناصر الدفاع غير متوفر في حين انه كان متوفرا في الواقع فلا اثر لهذا الغلط الذي وقع فيه.

وكذلك العكس فلو ظن ان جميع عناصر الدفاع الشرعي متوفرة وكان ظنه خاطئا فلا يعتد بهذا الظن بل يعمل بما هو واقع فلا يعتبر المدافع في حالة الدفاع الشرعي.

بناء على القاعدة الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة (٧٢) من مجلة الأحكام العدلية: (لا عبرة بالظن البين خطؤه).

وهذه القاعدة تطبق في القضايا الجنائية والمدنية على حد سواء. ومن المسائل المدنية المبنية على هذه القاعدة انه إذا دفع الكفيل الدين وكان الأصيل قد أداه أو أبرأه

---

[1] د. محمود نجيب حسني /المرجع السابق،ص١١٣.

الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع.

غير ان بعض القوانين كقانون العقوبات العراقي (م٤٣ وم٤٦) والكويتي (م٣٤ و٣٨) أعتد بالخطر الموهوم في الدفاع الشرعي إذا كان مبنيا على اسباب معقولة وبحسن النية في اداء الواجب.

موقف قوانين العقوبات العربية من الدفاع الشرعي:

لم تتفق التشريعات الجزائية الآتية على معالجة عناصر الدفاع الشرعي وأحكامه بنمط واحد كعدم توافقها في التشريعات الآخرى بل تلتقي في بعض النقاط وتختلف في نقاط أخرى إضافة إلى وجود بعض العيوب والنواقص في بعضها ومن أوجه الاتفاق: تعريف الدفاع الشرعي بأنه استعمال قوة لازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون ومنها: أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة إذا توافرت أركانه وشروطه رغم اختلافهم في بعض التفصيلات.

ومنها: أن أركان الدفاع الشرعي اثنان الخطر والفعل الذي يدفع به هذا الخطر ولكل منهما شروط أهمها ما يأتي:

شروط الخطر:

الشرط الأول: وجود خطر بوقوع اعتداء غير مشروع واستعمل تعبير (تعرض غير محق) بدلا من الخطر كل من قانون العقوبات اللبناني[1] (م١٨٤) والسوري (م١٨٣)[2] والأردني (م٦٠)[3] واستعمال القانون البحريني (م٤٩)[4]: (القوة أو العنف غير المشروعين) والقطري [5] (م٣١) والتونسي (الفصل ـ٣٩) والمغربي (الفصل ـ١٢٤) تعبير (الصائل) وهو تعبير فقهاء الشريعة واستعمل العراقي (م٤٢)[6] والليبي

---

[1] الصادر بالمرسوم المرقم(٣٤٠)في ١/آذار/١٩٤٣.

[2] الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

[3] رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

[4] الصادر في ١٧/مايو/١٩٥٥ وتعديله الصادر في ١٨/يونيه/١٩٦٩.

[5] الصادر بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٠.

[6] رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(م٧٠)[1] والمصري (م٢٤٦)[2] تعبير (الجريمة)[3].

الشرط الثاني: أن يهدد الخطر بالإيذاء مصلحة يحميها القانون من نفس أو عرض أو مال: وأكثرها لم تذكر العرض صراحة على أساس انه يندرج تحت مفهوم النفس ومن القوانين التي ذكره صراحة قانون عقوبات الإمارات المتحدة (م١٣ـ١٤) والقانون الكويتي (م٣٤) ولم تفرق هذه القوانين بين كون المصالح المعرضة للخطر عائدة إلى المدافع شخصه أو إلى غيره باستثناء القانون التونسي الذي نص في الفصل (٣٩) على تحديد هذا الغير بأن يكون من أقارب المدافع وهم الأقارب من طبقة الأصول والفروع والأخوة والأخوات والزوج والزوجة.

أما إذا كان الشخص المعرض للخطر غير هؤلاء فللحاكم الاجتهاد في تقدير المسؤولية.

ويرى البعض[4] أن المراد من هذا النص هو أن للقاضي أن يعتبر الدفاع عن مصلحة الغير ظرفا مخففا.

الشرط الثالث ـ أن يكون الخطر حالاً: وقد ذكرنا سابقا أن الخطر يعتبر حالاً في إحدى الحالتين:

إحداهماـ أن يكون الخطر وشيك الوقوع ولم يقع بعد.

والثانيةـ أن يكون قد بدأ ولم ينته بعد.

ويستفاد هذا الشرط من أكثر القوانين الجزائية العربية صراحة أو ضمنا ومن القوانين الدالة عليه صراحة العراقي (م٤٢) والسوري (م١٨٣) والأردني (م٦) واللبناني (م١٨٤) والجزائري (م٣٩) تحت عبارة (خطر حال).

الشرط الرابع ـ عدم إمكان اللجوء في دفع الخطر إلى السلطة العامة: وهذا الشرط تدل عليه أكثر القوانين العربية صراحة أو ضمنا ومن القوانين الدالة عليه صراحة العراقي (م٤٢) والمصري (م٢٤٧) والليبي (م٧٠) والسوداني (م٥٩) والقطري (م٢٧).

ومن الجدير بالذكر ان بعض القوانين العربية اشترطت شرطا[5] خامسا للخطر حتى يكون

---

[1] الصادر بالمرسوم في ٢٨/نوفمبر/١٩٦٢.

[2] رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٣ المعدل.

[3] أي لو تم لأصبح جريمة. ولا يقصد بلفظ الجريمة تمام وقوع الاعتداء.

[4] ينظر تعليقات محمد طاهر السنوسي على المجلة الجنائية التونسية ط/١٩٦٤ تونس ص٣٧. نقلا عن يوسف الياس مجموعة قوانين العقوبات العربية ط/١٩٧٣ ص٤١.

[5] ينظر:د.محمود مصطفى-أصول قانون العقوبات، ص٥٤ نقلا عن د.يوسف الياس المرجع السابق ص٣٩

الدفاع من أسباب الإباحة وهو ان لا يكون المعتدى عليه هو السبب المثير للاعتداء. كالقانون الأردني (م٦٠) والسوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والبحريني (م٢٩) لكن انتقد هذا الشرط بانه يؤدي من الناحية العملية إلى نتائج لا يمكن التسليم بها ومنها.

عدم إمكان رد ما يتجاوز فيه المدافع عن حدود الدفاع الشرعي لو كان يخشى من هذا التجاوز احداث الموت لأنه لو لم يعتد لما وقع هذا التجاوز[1] علما بأن الدفاع ضد من يتجاوز الحدود جائز رغم ان المدافع هو البادىء بالاعتداء.

والمشرع العراقي رغم انه لم ينص صراحة على هذا الشرط الا انه نص في (م٤٠٩)[2] على انه لا يجوزإحداث الموت استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر (عذر مفاجأة الزوجة أو إحدى محارمه متلبسة بجريمة الزنا) وانتقد البعض[3] المشرع العراقي في استعماله تعبير (حق) (في حق الدفاع الشرعي)

قائلاً: أن الدفاع الشرعي ليس حقا لأن هذا التصور يؤدي إلى القول بوجود التزام مقابل من المعتدي بتحمل الدفاع وانه يكون مسؤولا عن التعويض إذا أعاق المدافع عن استعماله حقه في الدفاع.

وينتقد هذا الانتقاد بأن هذا الزعم مبني على أن المراد بلفظ (حق) في حق الدفاع الشرعي الحق الشخصي المالي المقابل للالتزام المالي وهذا الزعم باطل لان المراد بالحق في مثل هذا المقام هو الصلاحية والمركز الشرعي أو (القانوني) الذي من شأنه أن ينتفع به صاحبه.

شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

يشترط صراحة أو ضمنا في اغلب القوانين الجزائية العربية توافر شرطين في فعل الدفاع الشرعي.

الشرط الأول . أن يكون هذا الفعل لازما أي وسيلة وحيدة لدفع الخطر:

فاذا كان بالامكان التخلص من الخطر الذي يهدد مصلحة من مصالح المدافع أو

---

[1] ينظر د. محمود مصطفى ـ أصول قانون العقوبات، ص٥٤ نقلا عن د. يوسف الياس المرجع السابق، ص٣٩.

[2] الخاصة بقتل الزوجة أو احدى المحارم وشريكها في حالة التلبس بالزنا.

[3] د. محمود مصطفى ـ القسم العام ص٢٠٣..

مصلحة غيره من الحقوق النفسية أو العرضية والمالية التي يحميها القانون عن طريق فعل لا يعد جريمة فانه لا يباح له ان يرتكب في الدفاع فعلا يجرمه القانون[1] ومن القوانين التي تشير إلى هذا الشرط: العراقي (م٤٢/٣) والمصري (م٢٣٦) والسوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والأردني (م٦٠) والجزائري (م٣٩) والتونسي[2] الفصل (٣٩) والمغربي الفصل (١٢٤) غير ان القانون الليبي (م٧٠) نص على ان الدفاع الشرعي يبيح للشخص ارتكاب كل فعل يكون ضروريا لدفع خطر جريمة الاعتداء.

والتعبير عن هذا الشرط في العراقي أو التونسي أوضح من تعبير سائر القوانين الجزائية العربية حيث ينص الأول على ان لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع الخطر، والثاني على ضرورة أن يكون المدافع لم تمكنه النجاة من الخطر بوجه آخر.

الشرط الثاني . أن يكون فعل الدفع متناسبا مع الخطر:

وقد تطرق لهذا الشرط أكثر التشريعات الجزائية العربية مع الاختلاف في التعابير: والتعبير الوارد في الأردني (م٦٠) والمغربي (الفصل١٢٤) :(مع الخطر) وفي المصري (م٢٤٦) (أن تستعمل في الدفاع القوة اللازمة) وفي العراقي (م٤٥) : (الدفاع الشرعي لا يبيح إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع) وفي البحريني (م٢٩): (الاّ يستعمل المدافع درجة من القوة أو يحدث أذى أعظم مما هو ضروري ومعقول) والجزائري (م٣٩): (أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء). وفي السوداني (م٥٨) والقطري (م٢٦): (أن لا يمتد الدفاع الشرعي بأية حال إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

وفي ما يتعلق بجرائم الاعتداء على الأشخاص التي تبرر قتل المعتدي دفاعا عن النفس وعن نفس الغير نصت صراحة قوانين العراقي (م٤٣) والمصري (م٢٤٦) والليبي (م٧٠) والجزائري (م٣٩) والمغربي (الفصل١٢٥) والقطري (م٢٤) والكويتي (م٣٣) والسوداني (م٥٦): على جواز قتل المعتدي إذا كان الخطر بحيث يؤدي إلى الموت أو الإصابة بجراحة بالغة.

وفي ما يتعلق بجرائم هتك الأعراض نصت قوانين العراق ومصر والكويت وليبيا والقطر واليمن والسودان على جواز قتل المعتدي في حالة قيام خطر يهدد بمواقعة

---

[1] د.محمود نجيب حسني، القسم/ص٢٢١.

[2] المجلة الجنائية التونسية لسنة ١٩١٣ المعدلة.

أنثى أو اللواطة بها أو بذكر كرها إضافة إلى جواز القتل ضد اعتداء خطف إنسان.
وفي ما يتعلق بإباحة القتل دفاعا عن المال فقد اختلفت فيه القوانين العربية من حيث نطاق المال محل الاعتداء: فأباح قتل المعتدي العراقي (م٤٤) والمصري (م٢٤٦) والليبي (م٧٠) والجزائري (م٣٩) و القطري (م٢٤) والمغربي (الفصل ـ١٢٥) في حالات الدخول ليلا في منزل معد للسكنى[1] وان لم يكن فيه أحد حالة الاعتداء أو أحد ملحقاته والسرقات، والحريق عمدا.
وأضاف إلى ذلك التونسي (م٤٠) خلع مسيجات ونقب الجدران، كما أضاف اليها جريمة النهب القانون السوداني والجزائري والتونسي والمغربي.

تجاوز الدفاع الشرعي:

من الطبيعي أن يكون التجاوز عن الحدود المعقولة المقبولة التي يستوجبها الدفاع الشرعي امرا متوقعا نتيجة الحالة التي يكون فيها المدافع فاقدا في الغالب الكثير من اتزانه.

والمراد بالتجاوز عدم تحقق التناسب بين فعل الدفاع من المعتدى عليه والخطر من المعتدي. وهذا التجاوز قد يكون بنية سليمة حسنة وقد يقع بغير هذه النية.

وقد اختلفت فقهاء القوانين الجزائية العربية في معالجة حالة التجاوز حول مدى مسؤولية المتجاوز ومعاقبته.

وقد نص قانون العقوبات اللبناني (م١٨٤وم٢٢٨) والسوري (م١٨٣وم٢٢٧) على عدم معاقبة المتجاوز إذا افرط في الدفاع وكان اقدامه على الفعل في ثورة انفعال شديد بحيث انعدمت معها قوة وعيه وارادته.

ونصت (م٦٠/٣) من القانون الاردني - بعد الاحالة إلى (م٨٩) من نفس القانون — على انه يمكن اعفاء الفاعل من العقوبة. ويبدو ان هذا القانون اخضع الامر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ونصت غالبية القوانين الاخرى على جواز تخفيف العقوبة بفرض عقوبة الجنحة في حالة كون فعل الدفاع جناية كما في العراقي (م٤٥)[2] والمصري (م٢٥١)

---

[1] ويشمل المنزل في السوداني والقطري الخيمة والسفينة المسكونة.
[2] نصت (م٤٥) العراقي على انه (يجوز للمحكمة في حالة التجاوز ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية، وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة)

والكويتي (م٣٦) والقطري (م٣٢)[١].

ونصت (م٣٠) اليمني[٢] على انه إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة والضرورة أو الدفاع الشرعي يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية.

ونصت (م٥٨) السوداني على أن: (حق الدفاع الشرعي لا تميد بأية حالة إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الشرعي:

يمكن ايراد الملاحظات الاتية على تلك القوانين: ـ

١ـ قانون عقوبات العماني القائم المواد (١٠١ـ١٠٣) اكتفي بمعالجة موانع المسؤولية الجنائية دون التطرق لأسباب الإباحة، اضافة إلى ذلك فانه خلط بين موانع العقاب وموانع المسؤولية الجنائية وهذا نقص تشريعي يجب تداركه.

٢ـ القانون التونسي القائم الفصول (٣٩ـ٤٠) حصر جواز الدفاع الشرعي عن مصالح الغير في أصول المدافع وفروعه وإخوته وأخواته والزوج والزوجة بينما اتفقت القوانين على خلاف هذا التقييد فأجازت بل أوجبت على الإنسان أن يدافع عن حقوق الغير كما يدافع عن حقوقه مطلقاً.

٣ـ يوجد في القانون اليمني القائم (م٢٧ـ٣٠) التناقض بين المادة (٢٧) والمادة (٢٨) لان الاولى نصت على جواز الدفاع عن حقوق الغير مطلقا في حين قيدت الثانية الدفاع عن الغير بالقرابة والزوجية.[٣]

٤ـ خلط القانون اللبناني القائم[٤] (م٢٢٧-٢٢٩) تحت عنوان القوة القاهرة بين موانع

---

[١] ونص هذا القانون على ان للقاضي ان يعتبره ظرفا مخففا.

[٢] رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.

[٣] نصت (م٢٧) على أنه: (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا وجد المدافع خطرا حالا من جريمة على نفسه أو عرضه أو نفس الغير أو عرضه)، ونصت المادة (م٢٨) على انه (لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد الا إذا قصد به دفع احد الامور الاتية:
١ـ القتل وجراحة بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو احد اقاربه.
٢ـ الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه أي محرم له.
٣ـ اختطاف المدافع أو زوجه أو ولده أو احد محارمه بالقوة)

[٤] الصادر بالمرسوم رقم ٣٤٠/في ١/اذار/١٩٤٣.

المسؤولية الجنائية واسباب الاباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية اسبابا للاباحة مع ان الموانع اعم مطلقا والاسباب اخص مطلقا والعام لايستلزم وجود الخاص دون العكس.

إضافة إلى ذلك فانه استعمل تعبير (لا عقاب) بدلا من لا جريمة في حين أن نفي العقاب لا يستلزم نفي الجريمة فعديم الأهلية إذا ارتكب جريمة لا يعاقب عليها رغم قيامها.

٥- القانون الأردني (م٨٨-٩٠) تحت عنوان القوة القاهرة هو الأخر خلط بين موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية أسبابا للإباحة كالإكراه والضرورة وهما من الموانع ورغم ذلك عدهما من أسباب الإباحة.

٦- القانون السوداني القائم م(٤٥-٥٤) وقع في أخطاء جسيمة منها انها اعتبر أمورا من أسباب الإباحة وهي بعيدة عنها بعد السماء عن الارض كعدم توفر القصد الجنائي (م٤٨) والصغر (٤٩) والجنون والسكر (م٥٠) ورضا المجني عليه (م٥١) والاكراه (م٥٣).

٧- القانون السوداني[1] (م٢٢٦-٢٢٨) لم يتطرق لمصطلح (الدفاع الشرعي) وانما عالج الموضوع تحت عنوان (القوة القاهرة) ثم قسمها إلى القوة الغالبة والاكراه وحالة الضرورة مع أن كلاً منهما ليس من أسباب الإباحة.

٨- اشترط القانون السوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والأردني (م٦٠) والبحريني (م١٢٩) أن لا يكون المعتدى مسببا لاعتداء المعتدي وقد سبق بيان ذلك والملاحظات التي ترد عليه.

٩- قانون العقوبات المغربي[2] (الفصل ١٢٤-١٢٥) عالج الدفاع الشرعي تحت عنوان الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة. ويلاحظ على هذا القانون انه اعتبر الضرورة في الفصل (١٢٤) من أسباب الإباحة مع أنها من موانع المسؤولية الجنائية وخلط في الفصل (١٢٥) بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال.

١٠- يعتبر قانون العقوبات القطري القائم[3] (م٢٣-٣٣) تحت عنوان الدفاع الشرعي

---

[1] الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

[2] رقم ٥٩/٤٠٣/في ٢٦/نوفمبر/ ١٩٦٢.

[3] الصادر بالقانون رقم (١٤) في سنة ١٩٧٠.

أدق واشمل وأوضح قانون بين قوانين العقوبـات العربيـة في معالجـة عناصـر الـدفاع الشرعي واحكامه ومن مزايا هذا القانون:

أ ـ نص صراحة على أن الدفاع عن العرض من أسباب الإباحة مطلقا.

ب ـ أضاف إلى المنزل المسكون في الدفاع الشرعي: الخيمة، والضيفة، وبئـر الـبترول، وكل مورد من موارد الثروة العامة.

وبهذا جمع بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام.

ونكتفي بهذا القدر من بحث عناصر وأحكام الدفاع الشـرعي الخـاص لنتنـاول دراسـة الدفاع الشرعي العام.

وجدير بالذكر أن هذا المصطلح (الدفاع الشرعي العام) بهذا التعبير لم أطلع عليـه لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولكن تطبيقاته العلمية والعملية كثيرة في كل منهما.

والدفاع الشرعي العام إما داخلي في حدود إقليم كل دولة وهذا ما يطلق عليه في الفقـه الإسلامي والقوانين المتأثرة به مصطلح (الحسبة) أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإما خارجي من حيث إن مصدر الخطر يأتي غالبا مـن خـارج الحـدود ويطلـق عليـه في اصطلاح الشريعة الإسلامية مصطلح (الجهاد).

وفي القانون مصطلح (الدفاع)[1] ومعيار التفرقة بين الدفاع الشـرعي الخـاص والـدفاع الشرعي العام (بقسميه) أمران موضوعيان:

أحدهما: أن مصدر الخطر في الخاص داخلي دائما وفي العام قد يكون داخليا وقـد يكـون خارجيـا.

والثاني: أن المعرض للخطر حق خاص في الدفاع الشرعي الخاص كما سبق وحـق عـام في الدفاع الشرعي العام، سواء كان داخليا أو خارجيا ونتنـاول بحـث الـدفاع الشـرعي العام بقسميه في الفصلين القادمين.

---

[1] تنص المادة (٥١) من ميثاق الامم المتحدة على انه ليس في هذا الميثاق ما يضـعف أو يـنقص الحـق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن انفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحـد اعضـاء (الامم المتحدة).





الفصل الرابع

الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة)

الدفاع الشرعي العام الداخلي أو الإقليمي في أية دولة أو منطقة محددة جغرافيا أو إداريا أو سياسيا يسمى في الفقه الإسلامي (الحسبة) وهي عبارة عن الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله.

والحسبة في اللغة القيام بعمل ذي نفع عام لوجه الله رغبة في أجره وثوابه . يقول ابن منظور الأنصاري[1] : (والحسبة مصدر احتسابك الأجر على الله، تقول فعلته حسبة، والاحتساب: طلب الأجر والاسم الحسبة بالكسر وهو الأجر).

وفي الاصطلاح الشرعي: الأمر بالمعروف إذا ظهر وشاع تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر وبأن فعله[2] .

ونوزع دراسة هذا القسم من الدفاع الشرعي العام الداخلي على ثلاثة مباحث الأول لمصادره وتكييفه، والثاني لعناصره وأساسه، والثالث للموازنة بينها وبين المصطلحات ذات الصلة.



---

[1] لسان العرب لأبن منظور (جمال محمد بن مكرم الانصاري) (٦٣٠ ـ ٧١١ هـ) الدار المصرية للتأليف والترجمة فصل الحاء حرف الباء ٣٠٥/١.

[2] يقول ابن خلدون في مقدمته (ص٢٥٣) : الحسبة: وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.



المبحث الأول
مصادر الدفاع الشرعي العام الداخلي
(الحسبة) وتكييفه

مصادره الشرعية في الشريعة الإسلامية: القران الكريم والسنة النبوية، والإجماع، والعقل السليم.

أولاً ـ القران الكريم:

أمر به القران الكريم في ايات متعددة صراحة منها:

أـ قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾.[1]

صيغة (لتكن) أمر وكل أمر حقيقة في الوجوب ويستعمل له ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك غير أن الوجوب في هذه الاية عيني في ولاية الحسبة وكفائي في الحسبة التطوعية فاذا قام بها بعض من افراد المجتمع سقطت المسؤولية عن الكل والا فالكل آثمون.

وحرف (من) في منكم للبيان خلافا لبعض المفسرين الذين ذهبوا إلى أنها للتبعيض على اساس أن كل انسان ليس اهلا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لكن شرط هذه الأهلية يفهم من طبيعة المهنة.

وأرى أن تكييفها بالبيانية أدق لانها تدل على أن الآمر والناهي في كل مجتمع يجب أن يكونا من المجتمع نفسه رعاية لسيادته.

وعلى سبيل المثل في الوقت الحاضر الدولة العراقية محتلة من قبل الدولة

---

[1] سورة ال عمران ـ الاية:١٠٤.

الامريكية[1] فالمفروض أن يكون الأمر برعاية نظام ديمقراطي والناهي عن الإرهاب والتخريب والتجاوز على حياة الأبرياء من العراقيين أنفسهم لا من الامريكيين.

والمراد بالأمة: الجماعة والجيل.

وفي هذه الاية الكريمة ربط سبحانه وتعالى نجاح الانسان وفلاحه في الحياتين الدنيوية والاخروية بالقيام بهذه المسؤولية لأهميتها في حماية حقوق الفرد والمجتمع حيث تطبيق نظام الحسبة يعد جزءا مهما من متطلبات تأمين سعادة الانسان في كل زمان ومكان من حيث الامن والاستقرار وحماية الأرواح والأعراض والأموال وحماية سائر حقوق الإنسان المادية والمعنوية التي من شأنها أن تتعرض لخطر اعتداء العابثين والمفسدين في الأرض.

وجدير بالذكر أن تعبير المنكر أعم من المعصية وأشمل فكل معصية منكر دون العكس الكلي ذلك لأن الأعمال غير المشروعة التي تصدر عن المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز ومن في حكمهم تكون من المنكرات دون المعاصي لان الفعل لايعد معصية مالم يكن فاعله عاصيا والفاعل لا يعد عاصيا أي مسؤولا جنائيا ما لم يكن مكلفا والمكلف هو البالغ العاقل المختار العالم بعدم مشروعية الفعل والقادر على كف نفسه عنه.

ب ـ قوله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللّهِ..الآية﴾[2].

والكينونة في (كنتم) بمعنى الصيرورة[3] أي صرتم خير امة بسبب أمركم بالمعروف ونهيكم عن المنكر والخيرية تنتفي بانتفاء سببها فكل امة تتجرد من صفة الخيرية إذا تركت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. لان الحكم يدور مع سببه وجودا وعدما.

---

[1] بعد سقوط نظام حزب البعث وعلى رأسهم صدام حسين في ٢٠٠٣/٤/٩ اصبح العراق محتلا من قبل الدولة الامريكية ونرجو من الله عز وجل أن ينقذ الشعب العراقي من هذا الاحتلال انه على كل شيء قدير..

[2] سورة ال عمران ـ الآية:١١٠.

[3] خلافا لبعض المفسرين الذين ذهبوا إلى أنها بمعنى وجدتم على اساس أن فعل كان تام وليس من الافعال الناقصة أو انه تام والمعنى كنتم في علم الله أو كنتم في الامم السابقة خير امة ، كما ظن ذلك صاحب تفسير المنار المرحوم الشيخ محمد رشيد رضا ٢٤/٤.

ت ـ قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلاَةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ أُوْلَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللّهُ إِنَّ اللّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[1].

والاولياء جمع ولي وهو كل من يلي شؤون الغير الحياتية كل في حقل اختصاصه ومركزه في المجتمع بدليل تعليل ذلك بأنه هو الشخص الذي يتولى مهمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتفسير الاولياء بالاصدقاء[2] أو المعنى القريب من ذلك لا يتلاءم مع وظيفة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر التي تتطلب وجود مكنة متميزة للآمر بالمعروف والناهي عن المنكر لان كلا من الامر والنهي يتطلبان نوعا من الاستعلاء للآمر والناهي حتى ينفذ المأمور المأمور به ويتجنب المخاطب بالنهي عن المنهي عنه، وهذا الاستعلاء لا يكون الا لمن يتمتع بميزة دينية أو دنيوية أو اجتماعية أو سياسية أو ادارية أو علمية أو نحو ذلك فليس كل شخص أهلا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبناء على ذلك يعد كل مسؤول في الدولة من الاولياء بالنسبة لمن يعمل تحت اشرافه وإمرته وإدارته في شؤونه الادارية والوظيفية.

واستنتاجا من هذا المعنى للآية المذكورة يحق لكل امراة أن تتولى كل وظيفة بالامكان أن يتولاها الرجل إذا كانت مستوفية للأهلية المطلوبة والكفاءة الضرورية للمنصب الذي تتولاه شريطة أن تكون ملتزمة بما يطلبه منها الشرع من عدم تبرجها تبرج الجاهلية الاولى والجاهلية الحديثة لان الله تعالى وضعها في مصاف الرجل في قوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ﴾.

ومن وجهة نظرنا أن الأفضل هو أن تتولى المرأة القضاء في شؤون الاحوال الشخصية لانها اقدر من الرجل على استيعاب القضايا الاسرية واكثر خبرة في حل المشاكل العائلية وتشخيص الداء في حالات الخلاف والنزاع وعلاجه بالدواء الملائم بحسب خبرتها.

كما أن الافضل أن يتولى الرجل القضاء الجنائي دون المرأة لان القاضي الجنائي إضافة إلى التزامه برعاية العدالة في احكامه القضائية تتطلب مهمته نوعا من الشدة والقسوة بحيث لا يتأثر باستعطاف الجاني إلى تخفيف عقوبته ـ إذا كان هذا

---

[1] سورة التوبة ـ الاية:٧١.

[2] كما ورد في اكثر تفاسير القران الكريم.

التخفيف منافيا للعدالة ـ في حالة خضوع القضية لسلطته التقديرية لان العقوبة شرعت للردع والزجر والاصلاح لذا يجب أن يكون حجمها ملائما لحجم الجريمة وخطورة الجاني.

ث ـ قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ إِن مَّكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾[١].

ج ـ قوله تعالى: ﴿لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِن بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُودَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوا وَّكَانُواْ يَعْتَدُونَ، كَانُواْ لاَ يَتَنَاهَوْنَ عَن مُّنكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُواْ يَفْعَلُونَ﴾[٢].

ثانياً ـ السنة النبوية:

من الواضح أن من وظائف السنة النبوية تأكيد حكم ورد في القران الكريم، أو بيان مجمل ورد فيه أو ذكر حكم سكت عنه القران صراحة. وهذه الوظائف الثلاث هي المقصودة من قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾[٣].

وبناء على ذلك تكون الاحاديث التي نستعرضها بشأن مشروعية الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة) كلها مؤكدة لما ورد في القران الكريم بهذا الشأن من الايات المذكورة وغيرها.

ومن تلك الاحاديث.

أـ قوله ﷺ ((من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فان لم يستطع فبلسانه، وان لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الايمان))[٤].

والمراد بالمنكر في هذا الحديث هو ترك الواجب أو فعل المحرم. ويؤخذ من هذا الحديث الشريف درجات مسؤولية الانسان عن الامر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وهذه الدرجات اساسها اختلاف الاشخاص المسؤولين عن الامر بالمعروف من حيث المركز

---

[١] سورة الحج ـ الاية:٤١.

[٢] سورة المائدة ـ الايتان:٧٨ـ٧٩.

[٣] سورة النحل/٤٤.

[٤] رواه الجماعة الا البخاري، اخرجه مسلم في الايمان حديث (٧٨) ، والترمذي في الفتن باب (١١)، والنسائي في الايمان باب(١٧)، واحمد في مسنده٢/ ٢٠ و٤٩.

والقوة والاهلية، واختلاف الاشخاص التاركين للمعروف والقائمين بـالمنكر ايضـا مـن الحيثيات المذكورة، واختلاف الزمان والمكـان، واخـتلاف اسـاليب وطـرق المخالفـات نتيجة تطورات الحياة.

وبنـاء على ذلك لا يجوز للانسان أن يتدخل في امر بمعـروف أو نهـي عـن منكـر إذا شعر مقدما بان هذا التدخل سيؤدي إلى نتائج غير محمودة ومضاعفات سلبية بحيـث تكون مفاسد تدخله اكثر من مصالحه ومنافعه.

وفي أمثال هذه الحالات يقتصر علـى الاسـتنكار القلبِـي الـذي وصـفه الرسـول ﷺ بأضعف الإيمان لكن في نفس الوقت يجب إعلام السلطة العامـة بـالمنكر الـذي شـاع حتى تقوم بمعالجته.

وهذا التدرج لا يعني أن إيمان الساكت الممتنع عن التدخل ضعيف لانـه مضـطر إلى اختيار السكوت بسبب ظروف الحالة وانما يقصد ضعف ايمان المجتمع الذي يسود فيه الفساد نتيجة عدم التكاتف في دفعه قبل الوقوع ورفعه بعد الحدوث.

ب ـ قوله ﷺ: ((كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته: الإمام راع ومسؤول عـن رعيتـه والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيـت زوجهـا ومسـؤولة عن رعيتها والخادم راع في مال سيده ومسؤول عـن رعيتـه، الا فكلكـم راع وكلكـم مسؤول عن رعيته))[1].

ت ـ قوله ﷺ: ((والذي نفسي بيده لتامرون بالمعروف ولتنهون عن المنكر وليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا منه ثم تدعونه فلا يسـتجيب لكـم))[2] وفي روايـة اخـرى : ((لتامرون بالمعروف ولتنهون عن المنكر وليسـلطن الله علـيكم شـراركم ثـم يـدعو خياركم فلا يستجاب لهم)).[3]

ث ـ قوله ﷺ: ((اياكم والجلوس على الطرقات قالوا: ما لنا بد انما هي مجالسنا نتحدث فيها، قال فاذا ابيتم الا ذلك فأعطوا الطريق حقها، قالوا: ومـا حـق الطريـق؟ قـال:

---

[1] الحديث متفق عليه: اخرجه البخاري ١/٣٠٤ ومسلم٣/١٤٥٩ .

[2] اخرجه الترمذي من رواية حذيفة.

[3] المعجم الاوسط ، ج٢ ، ص ٩٩ ، رقم ١٣٧٩.

غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر))[١].
وهناك مئات من الأحاديث النبوية الأخرى أكدت ما ورد في القرآن الكريم من الأمر بقيام كل متمكن بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كل في حدود استطاعته وترشدنا إلى مدى أهمية اتباع ذلك حماية لحقوق افراد المجتمع من عيشهم بالأمن والسلام والاستقرار والطمأنينة والتصدي لكل من يروم استخدام العنف ضد الأبرياء وبث الفساد وترك المعروف وارتكاب المنكر.

ثالثاً - الإجماع:

وهو مصدر مؤكد لما جاء في القران الكريم والسنة النبوية من حكم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ومن الواضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية في كل عصر مجمعون على وجوب العمل بالأحكام التي ينص عليها القران والسنة النبوية الثابتة فالحكم الثابت بالإجماع في هذه الحالة ليس الإجماع مصدرا له إذا كان ثابتا بالنص وانما هو مؤكد له لان الحكم المجمع عليه عادة يكون حكما اجتهاديا.
ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

رابعاً - العقل (أو المعقول):

يقضي العقل السليم بوجوب إتباع أحكام القران الكريم والسنة النبوية لحسن كل ما يأمر به القران أو السنة وقبح كل ما ينهى عنه كل من هذين المصدرين الرئيسين والحسن والقبح العقليان مبنيان على نفع ما هو حسن لذاته أو لغيره وقبح ما فيه ضرر لذاته أو لغيره وجلب النفع ودرء الضرر من مقاصد الشريعة الاسلامية ومن مصالح الأسرة البشرية.
فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أهم مسؤوليات كل فرد تجاه مجتمعه اذ لو أهملت هذه المهمة الخطيرة لعمت الرذيلة وسادت الفوضى وانتشر الفساد، ولو طبقت لسادت الفضيلة وزهقت الرذيلة وعم الأمن والاستقرار والطمأنينة والراحة النفسية لكل فرد. ومن البدهي أن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية التكافل بين أفراد كل مجتمع في جميع المجالات

---
(١) متفق عليه صحيح مسلم .

المبحث الثاني
عناصر الحسبة

عناصر كل شيء هو ما يتوقف عليه هذا الشيء في الذهن وخارج الذهن فإذا كان العنصر الموقوف عليه جزءَ لما يتوقف عليه يسمى ركنا والا فيسمى شرطا وعلى هذا الأساس تكون عناصر الحسبة أما من الأركان أو من الشروط.

أركان الحسبة:

الحسبة التي هي عبارة عن نظام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تتطلب توافر أربعة أركان وهي: -

١- المحتسب: وهو الشخص الذي يتولى مهمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
٢- المحتسب عليه: وهو الشخص الذي يترك المعروف أو يعمل المنكر.
٣- المحتسب فيه: وهو المنكر الذي يتمثل في ترك الواجب أو فعل المحظور.
٤- الاحتساب وهو عبارة عن مساءلة من ارتكب فعل المحظور أو ترك الواجب بتوجيهه إلى طريق الصواب، وتحميله تبعات فعله للمنكر وتركه للواجب.

ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة.

شروط المحتسب:

يجب أن يتوفر في المحتسب شروط أهمها: -

١- أن يكون عالما بمعايير التمييز بين المعروف والمنكر والخير والشر والصالح والطالح والصحيح والفاسد لان الامر بالشيء أو النهي عنه يلزم أن يكون بعد معرفة حقيقته وطبيعته وتكييفه والا اصبح ضالا ومضلا.
٢- أن يملك مؤهلات التكليف بان يكون بالغا عاقلا مسلما في الامور الدينية وعادلا اهلا للاجتهاد في ما يستوجب الاجتهاد.
٣- أن يكون نفسه قائما بالمعروف ممتنعا عن المنكر وبتعبير اخر أن يطبق على نفسه اولا ما يقوله للناس من اتباع المعروف واجتناب المنكر والا لكان ممن يقول في حقهم

سبحانه وتعالى: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنسَوْنَ أَنفُسَكُمْ وَأَنتُمْ تَتْلُونَ الْكِتَابَ أَفَلاَ تَعْقِلُونَ﴾[١] فعلى كل مرشد للناس ان يكون سلوكه مستقيما والسلوك المستقيم هو أن يطبق ارشاداته على نفسه اولا وعلى اسرته ثانيا، ثم يحاول تطبيقها على غيره، وبخلاف ذلك لا ينتج جهده في مجال الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ثمرة ومن مقولات الحكمة: (ظل الاعوج اعوج مثله).

إضافة إلى مسؤوليته امام الله وهو يخاطبنا بقوله:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ[٢] تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتاً عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾[٣].

٤ـ القدرة على القيام بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذه القدرة تختلف باختلاف حجم خطورة الواقعة من ترك المعروف أو عمل المحظور، أي أن القدرة المطلوبة في هذا المجال نسبية تختلف باختلاف الشخص المرتكب لترك الواجب أو فعل المحرم وباختلاف طبيعة المحتسب فيه، كما تختلف باختلاف الزمان والمكان والاعراف المحلية والتقاليد ونحو ذلك.

شروط المحتسب عليه :

المحتسب عليه هو الشخص الذي يترك المعروف أو يرتكب المنكر سواء أكان شخصا معنويا أم طبيعيا ذكراً أم أنثى كبيراً أم صغيراً عاقلا أم مجنوناً واذا كان مصدر المنكر حيوانا فيكون المسؤول عنه هو صاحبه ولكل شروطه كالآتي:ـ

١ـ إذا كان شخصاً معنويا ـ كالدولة ـ فيشترط أن تكون سياسته الداخلية والخارجية مبنية على المصالح العليا التي تخدم الشعب فإذا تمثلت هذه السياسة في ترك معروف (أي ما هو ضروري للشعب) أو عمل منكر مضر بمصلحة المجتمع يجب على الشعب الوقوف ضد هذه السياسة عن طريق الوسائل المقروءة والمرئية والمسموعة فإن لم يفد كل من ذلك يجب تغيير هذه السياسة باليد ولا يجوز الاكتفاء بأضعف الإيمان.

---

[١] سورة البقرة ـ الاية: ٤٤.

[٢] لام الجر داخلة على ما الاستفهامية وحذف الفها والمقت القبح وزواج المقت هو أن يتزوج الرجل امراة ابيه بعده كما في العادة الجاهلية قبل الإسلام.

[٣] سورة الصف-الايتان:٢-٣.

وجدير بالذكر أن القران الدستور الخالد لم يحدد طبيعة نظام الحكم بل ترك ذلك لمتطلبات الحياة في كل زمان ومكان.

لكن نص على الركائز الدستورية الرئيسة لنظام الحكم وهي العدل[1] والمساواة[2] والشورى[3] وطاعة النظام الصالح[4] وأشار إلى بعض صفات القائد في قوله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لاَنفَضُّواْ مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللّهِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾[5].

يستنبط من هذه الاية ضرورة توافر الشروط الاتية في قائد الأمة:

أولاً: على قادة الامم الاقتداء بسيدنا محمد ﷺ وان يتصفوا بالصفات القيادية الواردة في هذه الاية كما قال سبحانه: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾[6] .

ثانيا: أن يكون ذا طابع لين في احتكاكه بالغير.

ثالثاً: أن لا يكون قاسيا غليظ القلب.

رابعاً: أن تتغلب فيه صفة العفو على صفة العقاب لان الغرض من العقاب هو الإصلاح فاذا حصل بالعفو يجب اللجوء اليه بدلا من العقاب.

خامساً: أن يكون أهلا للاجتهاد لاختيار ما هو الأصلح لمجتمعه.

سادسا: أن لا يتخذ القرار بإرادته المنفردة بل يجب أن يكون صنع القرار عن طريق الشورى.

---

[1] ومن الايات الامرة بالعدل قوله تعالى: (أن الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى) سورة النحل: ٩٠.

[2] ومن الايات الدالة على المساواة قوله تعالى: (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل إن أكرمكم عند الله اتقاكم) .سورة الحجرات: ١٣ .

[3] ومن الايات الامرة بالشورى قوله تعالى: (وشاورهم في الامر) سورة ال عمران: ١٥٩ وقوله: (وأمرهم شورى بينهم) سورة الشورى /٣٨.

[4] ومن الايات الامرة بالخضوع للنظام الصالح قوله تعالى (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) سورة النساء: ٥٩ والمراد بأولي الأمر النظام الذي يمثله أو يقوده دون شخصه.

[5] سورة ال عمران: ١٥٩.

[6] سورة الاحزاب:٢١.

سابعاً: يجب الاعتماد على الله في كل ما يريد أن يفعله لصالح العام.
ثامناً: التوكل على الله وهو لا يعني ترك الأخذ بالأسباب بل يجب مباشرة السبب اولا ثم التوكل على الله لان العالم الذي يعيش فيه الانسان عالم الأسباب دون المعجزات.

٢- إذا كان شخصا طبيعيا يجب أن يكون أهلا للالتزام وان يأخذ بما يطلب منه المحتسب من القيام بما يجب عليه تجاه الغير من المعروف وان يكف نفسه عن عمل المنكرات وعن الاستمرار عليه.

٣- واذا كان قاصرا يكون المحتسب عليه وليه أو وصيه ففي البيت المحتسب عليه الذي يتحمل مسؤولية ترك الاولاد للمعروف وقيامهم بالمنكر الأبوان ومن يحل محلهما في حالة عدم وجودهما وفي المدرسة المعلم.

وعلى كل من الأبوين أو المعلم أن لا يقوم بمنكر أمام الاولاد أو التلاميذ لانهم يقلدونه تلقائيا كما يقلدونه في ترك المعروف فهم قدوة يقتدى بهم من تحت أمرتهم تلقائيا وقد قيل: (إذا كان رب البيت بالدف ناقرا فشيمة أهل البيت كلهم الرقص) وعلى كل من الأب والأم في البيت والمعلم في المدرسة أن يكون رقيبا أمينا دقيقا على القاصر الذي يكون تحت ولايته وإمرته فاذا أقدم على منكر يجب منعه بكافة الطرق المكنة الحكيمة البعيدة عن الأساليب التربوية الخاطئة حتى لا يحصل لدى هذا القاصر رد فعل سلبِي ومضاعفات غير محمودة في المستقبل.

شروط المحتسب فيه (ما فيه الحسبة):

وهو كل منكر ظهر فعله وكل معروف شاع تركه ومن أهم شروطه:-

١- أن يكون محظورا ومنهيا عنه في ميزان الشرع أو القانون سواء كان الحظر بنص خاص أو بقاعدة من القواعد العامة.

٢- ان يكون قائماً بالفعل ومستمرا أو وشيك الوقوع فاذا تم فعل المنكر يقتصر دور المحتسب على اخبار السلطة العامة لمعاقبة المحتسب عليه إذا كان المنكر جريمة أو الحكم عليه بالتعويض للمضرور إذا كان فعلا ضارا مدنيا.

وكذا لا يستخدم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالنسبة للأمور المستقبلية الا عن طريق النصح والتوجيه والموعظة الحسنة لمن يتصور انه سوف يقدم على المنكرات.

٣ـ ان يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بغير تجسس فكل من ستر معصية في داره وأغلق بابه لا يجوز أن يتجسس عليه أحد ما لم يكن مضرا بالمصلحة العامة كاختفاء المجرم أو اخفاء جريمة أو نحو ذلك ففي مثل هذه الحالات يجوز للسلطة العامة أن يأمر بتفتيش الدار التي أخفى فيها ما هو مضر بالمصلحة العامة بعد إعلان صاحب الدار واستئذان من القضاء واستصحاب من يكون مسؤولا عن بعض مصالح المنطقة كالمختار أو غيره من شخصيات المحلة ولا يجوز دخول دار الغير بدون استئذان مسبق من صاحبها لأن المسكن هو المكان الذي يقيم فيه الانسان على وجه معتاد بصفة دائمة أو مؤقتة وللمساكن الخاصة حرمة في الإسلام فلا يجوز دخولها الا لضرورة.

وحرمة المسكن في حقيقتها تكملة للحرية الشخصية وقد نص القرآن على حق حرمة المسكن في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ، فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[١]. وبذلك جعل الله البيوت سكناً يفئ اليها الناس فتسكن فيها قلوبهم وتطمئن نفوسهم ويأمنون على عوراتهم وحرماتهم.

وعبر القرآن عن الاستئذان بالاستئناس وهو تعبير يوحي بلفظ الاستئذان ولطف الطريقة التي يجيء بها الطارق فتحدث في نفوس أهل البيت أنساً به واستعدادا لاستقباله.

وقد حرم القرآن التجسس على الغير ما لم يكن في سبيل المصلحة العامة ووجود خطر خفي يجب التعاون في اكتشافه فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾[٢] وما تقوم به القوات المسلحة العراقية من الجيش والشرطة بتعاون مع قوات التحالف من مداهمة البيوت[٣] والدخول فيها بعد التسلق وكسر الأبواب بدون علم صاحبها وبدون اذن مسبق مخالف للشريعة الإسلامية والقوانين والأعراف الدولية والداخلية وإعلانات حقوق الإنسان.

---

[١] سورة النور: ٢٧ـ٢٨.

[٢] سورة الحجرات: ١٢.

[٣] منذ سقوط نظام حكم البعث برئاسة صدام حسين في ٢٠٠٣/٤/٩ أصبح العراق محتلا من قبل القوات المتعددة الجنسيات وفي مقدمتها القوات الأمريكية والانكليزية.

٤ـ أن يكون المنكر معلوماً بغير الاجتهاد فالحكم المختلف فيه بين فقهاء الشريعة من الناحية الاجتهادية لا حسبة فيه وعلى سبيل المثل ليس لحنفي المذهب أن ينكر على شافعي المذهب الذي ترك البسملة حين الذبح[١].

شروط الاحتساب:

ومن أهم شروط محاسبة تارك المعروف وفاعل المنكر ما يأتي:

١ـ ان يكون الاحتساب وفق قوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾[٢].

٢ـ ان يكون الاحتساب بالتدرج من السهل إلى الصعب ومن اللينة إلى الشدة كما في المراتب والدرجات الآتية:

أ ـ تعرف المحتسب بالشيء الذي يريد ان يحاسب غيره عليه ليتبين له هل هو معروف ترك، أو منهي عنه فعل على ان لا يكون هذا التعرف بالطرق غير المشروعة كالتجسس والتدخل في شؤون الغير بدون مبرر أو نحو ذلك.

ب ـ التعريف: أي على المحتسب تعريف الشيء المحتسب عليه حتى يعرف ان هناك معروفا قد تركه أو منكراً قد ارتكبه لان الانسان قد يقدم على منكر وهو يجهل كونه منكرا أو يترك معروفا من جهل أو خطأ أو نسيان.

ت ـ الاحتساب بالوعظ والنصح والتخويف بالله بالنسبة لمن اقدم على منكر مع علمه بكونه منكراً لقوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾.[٣]

ث ـ إذا فشل الوعظ والنصح يلجأ إلى التوبيخ والتعنيف بالقول الغليظ الخشن لان النفوس متفاوتة فمنها ما تقبل الوعظ ويتعظ وبالتالي يكف نفسه عن المخالفة ومنها ما لا يعدله إلى الصواب الا بالتهديد والتوبيخ.

---

[١] ينظر: احياء علوم الدين للامام الغزالي: ٢/ ٣٢٠.

[٢] سورة النحل: ١٢٥.

[٣] سورة النحل: ١٢٥.

ج ـ التغيير باليد أي التحول من الكلام إلى الفعل امتثالا لأمر الرسول ﷺ: ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده)) [1] فاذا لم تنجح الطرق السابقة فعلى المحتسب استخدام القوة الملائمة فمن غصب ارض غيره ولم يخرج منها بالوعظ والنصح والتوجيه فيجب اجباره على الخروج بالقوة.

ح ـ وإذا لم يتمكن المحتسب من تنفيذ مهمته بنفسه لا بالقول ولا بالفعل يجب عليه اخبار السلطة العامة بالموضوع في أسرع وقت ممكن.

ومن غش في الميزان أو بيع الردي، بسعر الجيد أو احتكر ما يحتاج إليه المستهلكون فيجب اتخاذ الإجراءات العملية ضده من قبل المحتسب نفسه أو بوساطة السلطة العامة لمكافحة تلك المنكرات وأمثالها.

وجدير بالذكر ان مهمة المحتسب لا تقتصر على الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بل عليه أن يقوم بنفسه بازالة خلل قائم في محلته أو قريته مثلا كمن وجد حجراً في طريق الناس فعليه إزالته أو وجد حفرة في ممر عام فعليه إزالتها أو وجد الطالب مثلا في كليته وساخة مرمية في الممرات أو داخل الحديقة فعليه رفعها ومن رأى إنارة في النهار بدون فائدة عليه إطفاؤها وهكذا طبقا لقول الرسول ﷺ: ((أعطوا الطريق حقها قالوا: وما حق الطريق؟ قال غضّ البصر وكفّ الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)).

أساس الحسبة:

نستنتج من العناصر المذكورة أن أساس مشروعية الحسبة هو حماية المصالح العليا في المجتمع والتعاون على البرّ في سبيل تأمين سعادة الأفراد في كل مجتمع يطبق فيه نظام الحسبة بصورة صحيحة وبتعاون صحيح مخلص من قبل جميع أفراد المجتمع وفق قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [2].

تطور الحسبة

الحسبة كما ذكرنا نظام ديني وفطري وإنساني عرفتها الشرائع السابقة وأمرت بها كشريعتي سيدنا موسى وسيدنا عيسى (عليهما السلام) كما يدل على ذلك قوله تعالى:

---

[1] صحيح مسلم ٤٩ وهو صحيح.

[2] سورة المائدة: ٢.

﴿لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُودَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ، كَانُوا لاَ يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنكرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾[١]. وحياة الرسول ﷺ مليئة بالنهي عن المنكرات ومنها في المعاملات المالية ما يأتي:

أ ـ مرّ على صبرة طعام فادخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: يا صاحب الطعام ما هذا فقال: أصابته السماء[٢] يا رسول الله فقال الرسول أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ثم قال: من غشنا فليس منا وان الغاش ليس بمؤمن[٣].

ب ـ نهى عن بيع الغرر وهو كل بيع يتوقع فيه أن يلحق الضرر بأحد العاقدين كبيع المعدوم، وبيع المبيع قبل قبضه، وبيع المجهول، وبيع ما لا يقدر البائع على تسليمه للمشتري، وما لم يتم ملك البائع عليه كالمال المتنازع فيه، وبيع اللبن في الضرع، وبيع جنين الحيوان وغير ذلك.

ت ـ ونهى عن البيع على بيع الغير فقال ﷺ ((لا يبع بعض على بيع بعض))[٤] كأن يقول لمن اشترى شيئاً في مدة الخيار افسخ هذا البيع وأنا أبيعك بأرخص من ثمنه أو أجود منه بثمنه وكذلك الشراء على شراء أخيه كأن يقول للبائع في مدة الخيار أفسخ هذا البيع وأنا اشتريه منك بأكثر من هذا الثمن: وأساس النهي عن ذلك هو إلحاق الضرر والأذى بالغير دون مبرر.

ث ـ ونهى عن تلقي الركبان وبيع حاضر لباد وعن التصرية فقال ﷺ: ((لا يُلْتَقى الركبان[٥] لبيع، ولا يبع بعضكم على بعض ولا تناجشوا[٦] ولايبيع حاضر

---

[١] سورة المائدة: ٧٨ـ٧٩.

[٢] أي المطر.

[٣] أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الايمان رقم (١٦٤) وأبو داود في كتاب البيوع رقم (٥).

[٤] صحيح مسلم: ٣/١١٥٣ رقم الحديث (١٥١٧).

[٥] تلقي الركبان: هو ان يستقبل الحضري البدوي قبل وصوله إلى البلد ويخبره بكساد ما معه كذبا ليشتري منه سلعته بالوكس (النقص) وأقل من ثمن المثل.

[٦] أصل النجش الاستثارة ومنه نجشت الصيد إذا استثرته سمي الناشج في السلعة بهذا الوصف لأنه يثير الرغبة فيها ويرفع ثمنها لا ليشتريها وإنما ليخدع المشتري حتى يشتريها بأكثر من قيمتها الحقيقية.

لباد[١] ولا تُصرّوا[٢] الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر))[٣].

وغير ذلك من آلاف التصرفات والوقائع نهى عنها الرسول ﷺ لما فيها من الضرر والفساد وشرعُ الله يأبى إلحاق كل ضرر أو أذى بالغير بدون ما يبرره.

واتبع سنةَ الرسول ﷺ الخلفاءُ الراشدين وسائر الصحابة والتابعون وكانوا يحاسبون الناس على تركهم للمعروف وقيامهم بالمنكر أيا كان هذا التارك أو القائم حيث لا توجد الحصانة في نظام الإسلام فهذا رسول الله ﷺ ينهى عن الأخذ بفكرة الحصانة بالنسبة لأقرب أقاربه بنته فاطمة رضي الله عنها عندما دخلت قريش الإسلام وأرادوا أن يستثنوا بعضا من أصحاب المراكز الاجتماعية أو السياسية أو نحو ذلك قال لهم النبي ﷺ: ((إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سَرَقَتْ لقطعت يدها))[٤].

ولما تولى أبو بكر الصديق الخلافة قال في اول خطابه الموجه إلى المسلمين: اطيعوني ما اطعت الله فان عصيت فلا طاعة لي عليكم.

وقال الخليفة الثاني عمر بن الخطاب في بداية خلافته: ايها الناس من رأى منكم فيَّ اعوجاجاً فليقومه. فقام احد من الحاضرين فقال: والله لو رأينا فيك اعوجاجاً لقومناه بسيوفنا. فقال عمر: الحمد لله الذي جعل في امة محمد من يقوم اعوجاج عمر بالسيف[٥].

وكان عمر بن الخطاب اول من طبق قانون (من اين لك هذا) وكان إذا ولى شخصا ادارة امور الناس احصى ماله وعزله من عمله إذا أثرى اثناء توليه الولاية.

---

[١] كان يقول من هو من سكان الحضر (البلد) لصاحب السلعة انا أقوم ببيعها وفلسفة هذا النهي هو ان مثل هذا البيع يضر بالمستهلكين لأن البادي يبيع سلعته أو محصوله الزراعي للمستهلكين بأرخص مما يبيعه به الحضري.

[٢] التصرية في اللغة الجمع والمراد هنا: لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها حتى يكبر ضرعها فيظن المشتري ان كثرة لبنها عادة مستمرة.

[٣] صحيح مسلم: ١١٥٥/٣.

[٤] صحيح البخاري ، ج٣ ، ص ١٢٨٢ / رقم ٣٢٨٨ و صحيح مسلم ، ج٣ ، ص ١٣١٥ ، رقم ١٦٨٨ .

[٥] عمر بن الخطاب قاضيا ومشرعا للاستاذ محمد عارف مصطفى فهمي نشر مكتبة الانجلو المصرية ص٩

وكان يتجول ليلاً في المدينة المنورة ليأمر بمعروف تُرِكَ وينهي عن منكر ظَهِرَ ففي ليلة سمع اثناء تجواله إمرأة تنشد هذه الابيات:

تطاول هذا الليل وازوّر جانبه[١]
وليس إلى جنبي خليل الاعبه[٢]
فوالله لولا الله لا شيء غيره[٣]
لزعزع[٤] من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني
وأكرم بعلي ان تنال مراكبه

ثم سأل عن شؤون هذه المرأة فقيل ان زوجها ارسل للجهاد وهي الان بعيدة عنه فسأل بنته حفصة كم تصبر المرأة عند غياب زوجها قالت سبحان الله، مثلك يسأل مثلي هذا السؤال؟ قال الامر يتعلق بمصالح الناس فقالت شهرين، وفي الثالث يقل صبرها وفي الرابع ينفذ الصبر فكتب إلى امراء الاجناد الاّ تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة اشهر[٥].

تطور الحسبة من التطوع إلى الولاية:

كان المسلمون في صدر الإسلام يفتشون طوعا عن شؤون المجتمع في سبيل الله وبطريقة انفرادية غير رسمية فاذا وجدوا معروفا ظهر تركه امروا به أو منكراً شاع فنهوا عنه كل حسب قدرته، وأستمر الامر على هذا النمط إلى ان تطورت الحياة وتعقدت الظروف وتنوعت الحاجات الاجتماعية بعد ان اتسعت رقعة الدولة الاسلامية وزاد عدد سكانها وتنوعت الثقافات والمشارب اثر اعتناق اقوام من غير العرب للاسلام وهم يختلفون في عاداتهم وتقاليدهم وفلسفتهم في النظر إلى الحياة ووجدت الدولة الاسلامية نفسها مضطرة لتنظيم الحياة العامة للمجتمع باستحداث مؤسسات تكفل السير الطبيعي لمرافق الحياة العامة

---

(١) أي انحرف وعدل. وفي رواية واسود جانبه.
(٢) وفي رواية: وطال عليَّ ان لا خليل الاعبه.
(٣) وفي رواية: فوالله لولا خشية الله وحده.
(٤) زعزع: أي حركهُ شديداً.
(٥) ينظر المغني لابن قدامة ٣٠١/٧.

وايجاد الحلول المناسبة للمشاكل الاجتماعية التي نجمت عن جراء ذلك التوسع والتطور فكانت ولاية الحسبة من بين تلك المؤسسات التي فرضتها الظروف المستجدة والتي جاءت لتسهم في حياة المجتمع وضمان تطبيق القواعد الشرعية والقانونية بشكل سليم وانيطت ولاية الحسبة للموظفين التابعين للدولة. واطلق على الموظف الذي يتولى بصورة رسمية الامر بالمعروف والنهي عن المنكر مصطلح (المحتسب) وقد فوض المحتسب من قبل ولي الامر بان يقوم بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر نيابة عن الهيئة الاجتماعية[(١)] وهو يقوم بذلك باسم كل افراد المجتمع اذ لم تعد الظروف الاجتماعية الجديدة تسمح بالقيام بهذه المهمة بمفرده ومن تلقاء نفسه أو ان يترك ذلك للافراد ان شاؤا فعلوا وان لم يشأوا ركنوا إلى الصمت حسب اهوائهم ومصالحهم.

ولكن هذا لا يعني رفع مسؤولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عن بقية الناس من سائر افراد المجتمع بل ظلت الحسبة بمفهومها العام فرض كفاية على كل متمكن من الناس بناء على النصوص العامة في القرآن والسنة النبوية دون التفرقة بين المتطوع والموظف غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية يفرقون بينهما بميزات منها ما يأتي[(٢)]:

١ـ الحسبة أصبحت واجبا عينياً بالنسبة لمن يتولاها بأمر من السلطة العامة وظلت فرض كفاية بالنسبة لغيره.

٢ـ بالنسبة لمن يعين لهذه المهمة من قبل السلطة العامة يجب عليه ان يتفرغ لها ولا يجوز له ان ينشغل عنها بعمل آخر خارج الحسبة بخلاف غيره فله حرية الانشغال بعمل آخر إضافة إلى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٣ـ على المحتسب الموظف ان يبحث عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى انكارها ويفحص عما ترك من المعروف الظاهر ليامر باقامته بخلاف من لم يعين لهذه المهمة.

٤ـ للمحتسب المعين ان يتخذ على انكار المنكرات اعوانا يساعدوه في ذلك ليكون اقدر واقهر بخلاف غيره.

٥ـ للمحتسب الرسمي سلطة عقاب تارك المعروف وفاعل المنكر دون غيره وفي رأينا ان

---

(١) دور الحسبة الشرعية وجهاز الادعاء العام في حماية الهيئة الاجتماعية للاستاذ فتحي عبد الرضا الجواري ص٣٧.

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي (أبي الحسن علي بن محمد) (ت ـ ٤٥٠هـ) ص٢٨٤ـ٢٨٥ط ـ٢/١٦٦ مصطفى البابي.

لغيره هذه السلطة ايضا في حالة غياب السلطة العامة إذا اقتضـت المصـلحة العامـة ذلك.

٦- للمحتسب الرسمي مرتب من بيت المال (الخزانة العامة) دون غيره لكن نرى ان الغـير يجب ان يكافا إذا قدم خدمة للمصلحة العامة عن طريق امره بالمعروف أو نهيـه عـن المنكر لقوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾[1] وهناك فروق اخـرى لاجـال لاستعراضها.

---

[1] سورة الرحمن: ٦٠.

المبحث الثالث

الموازنة بين الحسبة والمصطلحات ذات الصلة

الحسبة والقضاء:

ان واجبات المحتسب ومهامه متنوعة وهي في مجملها تهدف إلى ضمان السير الطبيعي لمفاصل الحياة الاجتماعية وتلك الواجبات ذات طابع اداري مع اختصاص قضائي وهي ذات طابع وسط بين نظام القضاء ونظام المظالم.

الموازنة بين الحسبة والقضاء:

الحسبة تتفق مع القضاء من وجهين، وقاصرة عنه من وجهين وزائدة عليه من وجهين:

اولاً: وجها الاتفاق:

الوجه الأول: للمحتسب كالقاضي ان ينظر في الدعاوي الثلاث الآتية:

١ـ فيما يتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن.

٢ـ فيما يتعلق بغش أو تدليس في المعاملات.

٣ـ فيما يتعلق بالمطل وتأخير الوفاء بالديون المستحقة.

الوجه الثاني: للمحتسب كالقاضي اجبار المدعي عليه على رد حق المدعى إذا كان ثابتاً باقراره واعترافه كاجبار الغاصب على رد المغصوب للمغصوب منه واجبار السارق على رد المسروق للمسروق منه ونحو ذلك لان تأخير رد الحق لصاحبه من المنكرات

ثانياً: وجها قصور الحسبة عن القضاء

احدهما: قصور الحسبة عن سماع عموم الدعاوي الخارجة عن ظواهر المنكرات كالدعاوي التي تحتاج في اثباتها إلى الادلة لان المحتسب لا ينظر الا إلى منكر ظهر فعله.

والثاني: ان الحسبة مقصورة على الحقوق المعترف بها دون ما يدخله التنازع التجاحد والتناكر فلا يجوز ان ينظر فيها بخلاف القاضي لان من اهم وظائف القاضي حسم المنازعات عن طريق الدعاوي والبينات.

ثالثاً: وجها زيادة الحسبة على القضاء:

احدهما: يجوز لناظر الحسبة ان يتعرض تلقائيا لتصفح ما يأمر به من معروف ظهر تركه وينهى عن منكر ظهر فعله دون حاجة إلى اقامة دعوى من خصم أو الادعاء العام بخلاف القاضي فليس له النظر في تلك الدعاوى الا بناء على طلب الخصم أو الادعاء العام.

والثاني: لناظر الحسبة سلطة القدرة والقهر والشدة فيما يتعلق بالمنكرات بخلاف القاضي لان وظيفة الحسبة تتطلب الرهبة فلا يكون خروج المحتسب بالسلاطة والغلظة تجاوزاً فيها ولا خرقا، بينما القضاء موضوع للمناصفة فهو بالاناة والوقار احق وخروجه عنهما إلى سلاطة الحسبة تجاوز وخرق لان موضوع كل واحد من الوظيفتين مختلف فالتجاوز فيه خروج عن حده[1].

الحسبة وولاية المظالم:

ولاية المظالم احدى الولايات العامة في الإسلام وهي ذات صلة بالحسبة بعد تطورها[2].

الولاية: لغة النصرة مطلقا، واصطلاحاً نصرة المظلوم لاعادة الحق إلى مجراه الشرعي.

المظالم: جمع مظلم، والمظلم لغة وضع الشيء في غير موضعه، واصطلاحاً التجاوز على حق الغير قصداً وبدون مبرر[3].

مشروعية ولاية المظالم:

مصادر مشروعية هذه الولاية القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعقول وأقوال وأعمال الخلفاء الراشدين.

١- القرآن الكريم: وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم بشأن تحريم الظلم ووجوب رفعه قبل الوقوع ورفعه بعد الوقوع على كل متمكن من ذلك وبوجه خاص على المسؤولين عن حماية حقوق الناس ومن تلك الآيات:

---

[1] الاحكام السلطانية للقاضي ابي يعلي محمد بن الحسن الحنبلي (ت -٤٥٨هـ) ط ٢/١٩٦٦ نشر مصطفى البابي ص٢٨٥.

[2] أي تطور الحسبة من حالة التطوع إلى حالة الولاية.

[3] مختار الصحاح للرازي مادة ظلم.

قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَحْسَبَنَّ اللّهَ غَافِلاً عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ﴾[1]
وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ قِيلَ لِلَّذِينَ ظَلَمُواْ ذُوقُواْ عَذَابَ الْخُلْدِ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلاَّ بِمَا كُنتُمْ تَكْسِبُونَ﴾[2].

ب - السنة النبوية: وقد ورد بشأن تحريم الظالم ووجوب ازالتها احاديث كثيرة وهي مؤكدة لما ورد في القرآن الكريم ومنها قول الرسول ﷺ ((انصر اخاك ظالما أو مظلوماً))[3] نصرة الظالم تكون بمنعه من الظلم ونصرة المظلوم بمنع الظلم عنه واسترداد حقوقه المغصوبة من قبل الظالم.

ج - الإجماع: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في ان كل حكم ينص عليه القرآن الكريم أو يثبت بسنة ثابتة عمل مشروع يجب العمل بمقتضاه.

د - العقل: العقل السليم يقضي بالتعاون والتكافل والتضامن في سبيل البر والوقوف ضد كل فساد في الارض والقيام بإزالة الضرر.

هـ - اقوال وافعال الخلفاء الراشدين وفي ما يأتي نماذج منها:

١- من اقوال الخليفة الأول سيدنا ابي بكر الصديق ﷺ حين تولى الخلافة (الضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ له حقه، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه)[4].

٢- من اقوال الخليفة الثاني سيدنا عمر الفاروق ﷺ وهو يخاطب المناطق الخاضعة للحكم الاسلامي (اني لم استعمل عليكم عمالاً (الموظفين المسؤولين) ليضربوا ابشاركم[5] وليشتموا اعراضكم ويأخذوا اموالكم ولكن استعملتهم ليعلموكم كتاب ربكم وسنة نبيكم فمن ظلمه عامل مظلمة فلا إذن له على يرفعها إلى حتى أقصّه[6] منه)[7].

---

[1] سورة ابراهيم: ٤٢
[2] سورة يونس: ٥٢.
[3] كتب و رسائل و فتاوى ابن تيمية في الفقه ، ج٣٥ ، ص ٩٤ .
[4] الطبقات الكبرى لابن سعد ١٨٧/٣.
[5] البشر ظاهر جلد الانسان.
[6] أي آخذ منه القصاص.
[7] الادارة الاسلامية للأستاذ محمد كرد علي ص٣٣.

٣ـ من قضاء الخليفة الثالث سيدنا عثمان بن عفان ﷺ حكمه بتوريث تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته رغم وقوع طلاقها طلقة بائنة وذلك معاملة بنقيض قصده السيئ لان من يطلق زوجته في مرض الموت[١] يفسر طلاقه بان المقصود منه حرمان الزوجة من الميراث.

وأساس هذا الحكم امور ثلاثة:

أحدها: الاخذ بالقاعدة الشرعية القاضية بانه يعامل الشخص بنقيض قصده السيئ.

الثاني: الاخذ بقاعدة سد الذرائع أي منع الوسيلة المشروعة إذا قصد بها غاية غير مشروعة.

والثالث: السياسة الشرعية.

وقد اجمع على هذا الحكم اجماعاً سكوتيا فقهاء الصحابة[٢] كما اجمع فقهاء الشريعة ـ باستثناء الظاهرية[٣] ـ على هذا الحكم لكنهم اختلفوا في التفصيل[٤] وقد اخطأ المشرع العراقي في القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت في قانون الاحوال الشخصية[٥] المادة (٣٥/٢)[٦].

---

(١) هو المرض الذي يفضي إلى الموت غالبا.

(٢) في المغني لابن قدامة (عبدالله بن احمد) المقدسي ٦/٣٣٠: (ولنا ـ أي دليلنا ـ ان عثمان ﷺ ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرض موته فبتها (أي طلاقا بائنا) واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ولم يثبت عن علي ولا عبدالرحمن خلاف في هذا) ثم يمضي صاحب المغني قائلاً (ولان هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعومل بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه).

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/٢١٨ وما يليها.

(٤) يرجى مراجعة مؤلفنا الطلاق في جميع الشرائع والقوانين والاعراف خلال أربعة آلاف سنة.

(٥) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

(٦) نص المادة (٣٥/٢) لا يقع طلاق الاشخاص الآتي بيانهم:
١ـ السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من الغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض.
٢ـ المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته.

٤ـ من قضاء الخليفة الرابع سيدنا علي (كرم الله وجهه) ما روى من انه مرّ بشط الفرات فاذا كَدس طعام الرجل من التجار حبسه ليغلي به، فأمر به فأحرق[1] وقال حبيش: احرق لي علي بن ابي طالب بيادر بالسواد كنت احتكرها لو تركها لربحت فيها مثل عطاء الكوفة[2].

صلاحيات والي المظالم:

وهي كثيرة لا مجال لذكر كلها ومنها ما يأتي:

١ـ مراقبة اعمال الموظفين والمسؤوليين عن الامور الادارية في المناطق الخاضعة للحكم الإسلامي ومنعهم من التعامل غير المشروع مع الرعية.
٢ـ رد الأموال المغصوبة والمسروقة والمنهوبة إلى اصحابها الشرعيين.
٣ـ الأمر بتنفيذ الاحكام القضائية دون تأخير.
٤ـ تصفح أحوال كتاب الدواوين لانهم امناء المسلمين.
٥ـ النظر فيما عجز عنه الناظر من الحسبة في المصالح العامة[3].

اقترح حذف الفقرة الثانية لان عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت إذا كان فاقد التمييز فانه ورود الفقرة الاولى، وإذا كان لحماية حقوق الزوجة فان جميع حقوقها مضمونة بالشروط الآتية:

١ـ ان يكون الطلاق في مرض الموت.
٢ـ ان يموت في هذا المرض ولو بسبب آخر.
٣ـ ان لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة ولا بطلب منها.
٤ـ ان يكون بعد الدخول(ولم يشترط الاباضية هذا الشرط) لكن اختلف الفقهاء في مدى سقوط حقها في الميراث.

١ـ قال الحنفية إذا مات الزوج وهي لا تزال في العدة.
٢ـ قال الامامية ما لم تمضي على الزواج سنة ما لم تتزوج.
٣ـ وقال الحنابلة ما لم تتزوج.
٤ـ وقال المالكية والاباضية ترث مطلقا لان الحكم يدور مع علته وجوداً أو عدماً والعلة لا تسقط بالاسباب المذكورة.

[1] الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للامام حسين بن احمد ٣/٥٨٥ ط/١٩٦٨.
[2] المرجع السابق.
[3] الاحكام السلطانية للماوردي المرجع السابق.

٦- النظر في الشكاوي التي ترفع اليهم ممن يشعر بعدم عدالة حكم القضاء. ومن نماذج ذلك الشكوى التي رفعتها امرأة إلى سيدنا علي بن ابي طالب ﷺ في قضية ميراثيه نظمها الشيخ معروف النودهي في الابيات الآتية:

وكالركابية وهي عرس واخوة لمن حواه الرمس[1]

عددهم عشرة واثنان	والدة والاخت وابنتان
فيها ثلاثة مع الثمانية	فضربت اولاهما في الثانية[3]
لكنها تصح من ستمائة	فاستكملت سهامها تلك الفئة
وذاك في عهد علي وقعت	ثم إلى قاضي شريح رفعت
وبعد ان جعلها من ست	مائة اعطى واحدا للاخت
فاقبلت نحو ابي تراب[2]	ورجله اذ ذاك في الركاب
قالت اخي مات وعندما هلك	ستمية من الدنانير ترك
ولي بدينار شريح قد حكم	وقد اتيت اشتكي مما ظلم
قال لعل حين ذاق حتفه	عِصابة[4] سواك خلى خلفه
وعدَهم كما مضى قالت نعم	فقال بالحق قضى وما ظلم

---

(١) القبر.

(٢) كنية علي (كرم الله وجهه) كناه بها رسول الله ﷺ .

(٣) خلاصة هذه المسألة هي ان رجلاً توفي وانحصرت ورثته في زوجة وبنتين وام واخت واثنا عشر اخا للزوجة الثمن ١/٨ لوجود الفرع الوارث (البنتين) وللبنتين ثلثا ٢/٣ وللام السدس ١/٦ وللاخوة والاخت الباقي للذكر مثل حظ الانثيين اصل المسالة من (٢٤) لان القاسم المشترك للمقامات المذكورة هو هذا العدد الحاصل من ضرب (٣) وهو مقام نصيب البنتين في (٨) وهو مقام نصيب الزوجة وللزوجة (٣) وللبنتين (١٦) وللام (٤) يبقى سهم واحد للأخوة والأخت وعددهم بعد اعتبار كل أخ اختين (٢٥) فلا يقبل القسمة عليهم فيضرب عددهم في أصل المسألة (٢٥×٢٤) =٦٠٠ للزوجة ٧٥ وللأم ١٠٠ وللبنتين ٤٠٠ يبقى لكل أخ سهمان وللأخت سهم واحد.

(٤) بكسر العين أي جماعة (٤) أي عدهم علي لانه عرف عدد الورثة من نصيب الأخت.

الموازنة بين نظام المظالم والحسبة:

تكيف الحسبة بانها وسط بين نظام القضاء. ونظام المظالم ويتفق النظامان في امور ويختلفان في امور اخرى.

أ ـ من اوجه الشبه: ١ـ كل منهما قائم على القوة والرهبة والصرامة في الحق والشدة والعنف لكي لا يكون هناك خروج على المظالم في المجتمع.

٢ـ لكل منهما ممارسة اختصاصاتهما وصلاحياتهما تلقائيا بدون حاجة إلى متظلم أي لهما ان يبحثا عن الطرق والاسباب التي تؤدي إلى دفع الضرر عن الافراد وتحقيق الامن والامان ورد العدوان وازالة الاضرار.

ب ـ من اوجه الاختلاف: ١ـ لناظر المظالم ان ينظر من جميع الموضوعات التي تعرض عليه بخلاف المحتسب فان صلاحياته محدودة كما سبق.

٢ـ لناظر المظالم ان يتدخل في شؤون المحتسب وان ينظر في القضايا التي يعجز المحتسب ان يبت فيها دون العكس.

الموازنة بين نظام المظالم والقضاء:

يتفقان في بعض أوجه ويختلفان في بعض امور أخرى.

أ ـ أوجه الشبه: ١ـ كل منهما يستهدف اقامة العدل بين الناس.

٢ـ لكل منهما الحق في ان يصدر حكما فيما يرفع إليه وان يستخدم الطرق التي توصله إلى معرفة الحق.

٣ـ لكل منهما الاستعانة بالموظفين الذين يكونون تحت امرته.

ب ـ اوجه الاختلاف: يختلفان في امور منها:

١ـ تمتع ناظر المظالم بقوة وهيبة لا يملكها القاضي.

٢ـ ناظر المظالم مجال سلطاته أوسع من القاضي في الوصول إلى معرفة الحق لان القاضي يتقيد في اثبات حق المدعي بطرق محددة منها رفع الدعوى واثباتها بالبينات.

٣ـ لناظر المظالم السلطة في تأديب من بان عدوانه وظهر ظلمه بينما لم يدخل ذلك في سلطة القاضي انذاك.

الحسبة والادعاء العام:

يعتبر الادعاء العام تطورا للحسبة حيث انها مرت بتطورات آخرها نظام يسمى الادعاء العام لكن هذا التطور لا يعني حلول الادعاء العام محل الحسبة بل مسؤولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تبقى فرض كفاية على كل بالغ عاقل متمكن من الامر بما فيه من خير الفرد والمجتمع والنهي عن المنكرات والتعاون مع السلطة العامة في مكافحة الاجرام والفساد ووضع حد لكل من تسول له نفسه ان يبث الفساد وذلك بمقتضى النصوص العامة في القرآن الكريم والسنة النبوية فيجب العمل بموجبها في كل زمان ومكان ما دامت الحياة باقية على كوكب الارض.

وللصلة الوثيقة بين الحسبة والادعاء العام نتناول بايجاز لمحة تاريخية للادعاء العام في العراق.

لم يعرف العراق سابقا هيئة نظامية لها اسسها واهدافها الواضحة يطلق عليها مصطلح (الادعاء العام) وانما نشأت هذه الفكرة في المنتصف الثاني من القرن التاسع عشر حين كان العراق خاضعاً لحكم الخلافة العثمانية حيث نصت المادة (٩١) من القانون الاساس العثماني الصادر عام ١٨٧٦م على انه: (يجري تعيين مدعيين عموميين للدفاع عن الحقوق العامة في الامور الحياتية اما وظائف هؤلاء المدعيين ودرجاتهم فتستقر في القانون[١]).

ثم نظم الفصل الأول من قانون تشكيل المحاكم النظامية الصادر سنة ١٨٨٠م اعمال المدعي العام. وبمقتضى هذا القانون اشترط فيمن يعين مدعياً عاماً ان يتوفر فيه ما يشترط في تعيين القاضي وبعد احتلال العراق من قبل القوات البريطانية ودخولها بغداد عام ١٩١٧ نصت المادة (١٤) من بيان الحكم البريطاني على ان تستمر المحاكم المدنية العراقية على العمل بالقوانين العثمانية ثم أصدرت سلطات الاحتلال قانون اصول المحاكمات الجزائية الذي بدأ نافذاً عام ١٩١٩م[٢].

وقد اجريت تعديلات متعددة على قانون اصول المحاكمات الجزائية وبموجبها طرأت تغيرات كثيرة على نظام الادعاء العام لا فائدة في استعراضها.

---

[١] الدكتور رعد الجدة: التشريعات الدستورية في العراق ص٩١.

[٢] الدكتور عبد الجبار عريم شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ١٢/١.

ثم صدر قانون اصول المحاكمات الجزائية[١] وبموجبه جعلت هيئة الادعـاء العـام جهـازاً فعالاً ومؤثراً في مسيرة العدالة الا ان هذا القانون لم يرتق بجهاز الادعـاء العـام إلى مضـاف الاجهزة المماثلة في الدول الاخرى المتقدمة.

ثم حل محله قانون الادعاء العام المرقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ القائم الذي نـص في مادتـه الأولى على ان هذا القانون يهدف إلى تنظيم جهاز الادعاء العام لتحقيق ما يأتي:

اولاً: حماية نظام الدولة وامنها ومؤسساتها والحرص على الديمقراطية الشعبية والدفاع عن مكاسب الثورة والحفاظ على أموال الدولة والقطاع الاشتراكي.

ثانياً: دعم النظام الاشـتراكي وحماية اسسـه ومفاهيمـه في اطـار مراقبـة المشـروعية واحترام تطبيق القانون.

ثالثاً: الاسهام مع القضاء والجهات المختصة في الكشف السريع عـن الافعـال الجرميـة والعمل على سرعة حسم القضايا وتماشي تأجيل المحاكمات بدون مبرر ولا سيما الجرائم التي تعيق مسيرة التحولات الاشتراكية.

رابعاً: مراقبة تنفيذ القرارات والاحكام والعقوبات وفق القانون.

خامساً: الاسهام في تقويم[٢] التشريعات النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور.

سادساً: الاسهام في رصد ظاهرة الاجرام والمنازعات وتقديم المقترحات العلمية لمعالجتهـا وتقليصها.

سابعاً: الاسهام في حماية الاسرة والطفولة.

ما ورد في هذه المادة مطابق لما أمر به القرآن الكريم والسنة النبويـة ولكـن شـتان بـين التشريع والتطبيق.

الاستنتاج:

يستنتج من عرض ما يتعلق بالدفاع الشرعي الداخلي العام من العناصر والاحكـام ان كل ما يتعلق به الآمر بالمعروف والناهي عن المنكـر مشـروع بـل واجـب إذا تحقـق التقيـد والالتزام بحدود وقيود اداء هذا الواجب.

---

(١) رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ الذي وضع موضع التنفيذ في ١٩٧١/٧/١.

(٢) في عبارة المادة ورد تعبير (تقييم) وهذا خطأ شائع فالصواب هو (تقويم) ينظر لسان العـرب فصـل القاف حرف الميم ١٥/٤٠٢.





الفصل الخامس

الدفاع الشرعي العام الخارجـــي في ميزان الشرع والقانون

يعد الدفاع الشرعي العام الخارجي سببا من أسباب الإباحة إذا توفرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه.

وتوصيفه بالخارجي مبني على اساس ان العدوان يأتي من خارج البلد غالبا وتوزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين يخصص الأول للدفاع الشرعي العام الخارجي في ميزان الشريعة الإسلامية. والثاني في ميزان القانون الدولي العام.





المبحث الأول
الدفاع الشرعي العام الخارجي
في ميزان الشريعة الإسلامية

ويسمى هذا النوع من الدفاع الشرعي العام في اصطلاح الشرع الاسلامي جهادا ومن الضروري معرفة موقف الشريعة الاسلامية من هذا الدفاع (أو الجهاد) ليتبين لنا خطأ اتهام هذه الشريعة بأنها دين الإرهاب وانها انتشرت في اقطار وامصار العالم بالسيف وعن طريق استخدام العنف والقوة وهذا الاتهام زور وبهتان ناتج عن جهل غير المسلمين بحقيقة هذه الشريعة في مجال الجهاد وعن التصرفات اللامعقولة من قبل بعض ابناء الإسلام.

فعلى العالم الإسلامي وغير الإسلامي ان يعرف ان هناك حقيقة واضحة وضوح الشمس في نصف النهار وهي ان الإسلام دين السلم وان الاصل في الإسلام هو السلم والحرب استثناء للدفاع عن الحياة والعرض والمال والمصالح الأخرى التي تتعرض للعدوان.

والشريعة الإسلامية منذ صدر الإسلام اقرت في القرآن الكريم وفي السنة النبوية عدم مشروعية الحرب لذاتها لأنها مأساة شنيع تهدر حياة اناس كثيرين وتقضي على الممتلكات وتجلب الخراب والدمار والتعب والجهد والآلام.

الحرب شر مستطير ولو كانت ظافرة لانها تجرح شعبا بصورة قاسية فلا المقاطعات المحتلة ولا مليارات الغنائم تستطيع ان تعوض ارواح البشر الضائعة ودموع العائلات الحزينة لكن إذا كانت الحرب شرا من الشرور فانها واقع مرير تحتمها سنة الحياة وغريزة التجاوز الكامنة في النفوس البشرية ان اعمال السلم مهما كانت جديرة بالتقدير الا أنها تبقى مدفوعة بدافع الانانية والمصالح الشخصية، فالصناعة والتجارة في العالم توزعان ثروات هائلة لكنهما في نفس الوقت تولدان حب الزيادة والسيطرة والتنافس دون شفقة أو نبل وتسببان قساوة قلوب الانسان سواء قلنا انه خير بطبعه والبيئة غير السلمية هي التي تفسده أو قلنا انه شرير بطبعه، والتربية الروحية هي التي تقوم سلوكه سواء اخذنا بهذا أو بذاك فأن هناك قدرا مشتركا متفقا عليه لا يختلف فيه اثنان وهو ان الانسان ميال إلى حب

السيطرة والتجاوز على حقوق الاخرين مما يحتم في كل عصر وفي كل ظرف وجود قوة تقف بوجه الطامعين في حقوق الشعوب والعابثين بارواح الناس، وتؤدب المتحدين للقيم الانسانية والمبادئ الشرعية والقوانين الوضعية والمواثيق الدولية، ولهذه الحقائق في النفوس البشرية نجد ان العالم البشري انقسم منذ الخليقة إلى معسكرين معسكر الخير ومعسكر الشر فاقتضت هذه السنة للحياة ان تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتقود المركب المتزاحم المتصارع إلى شاطئ الخير والاصلاح في نهاية المطاف فمن هنا تبرز فلسفة مشروعية القتال ووجوب التكافل الدفاعي على كل من يملك مكنة المساهمة في هذا الجهاد وكلما تعرضت الحقوق المحمية شرعا وقانونا لخطر الاعتداء.

وتوزع دراسة هذا الموضوع على اربعة مطالب يخصص الأول لقاعدة الاصل في الاسلام هو السلم والحرب استثناء ، والمطلب الثاني لاسس قاعدة الاصل في الاسلام هو السلم والحرب استثناء والمطلب الثالث لما يباح و ما يحرم في الدفاع الشرعي العام والمطلب الرابع لحكم الرق في الاسلام .

المطلب الاول
الاصل في الإسلام السلم والحرب استثناء

المقارنة بين الدعوة الإسلامية في الآيات التي نزلت بمكة وبين التحريض علـى القتـال في الآيات التي نزلت في المدينة المنورة كانت مثار شبه وفتنة لكثير من النفوس المريضـة فقـد خيل اليها انها شريعة قتال جاءت كقاعدة عامة ختمت بها الدعوة المحمدية وانهـا تمثـل انقلابا نهائيا محيت به آية السلم في الإسـلام وقـد كتـب بعـض المستشـرقين في الموسـوعات الاوروبية الحديثة فصولا مطولة عن الإسلام وبنوا آراءهم تجاه الإسلام علـى تلـك النظريـات الخاطئة.

ان الذين كتبوا عن الإسلام وعن الفتوحـات الإسـلامية مـن المستشـرقين كـان يخـونهم الانصاف والدقة والتفكير والاحاطة بما ورد في القـرآن الكـريم دسـتور البشـرية جمعـاء وفي السنة النبوية الشريفة، وفي اقوال الخلفاء الراشدين الذين طبقوا الإسـلام بصـورة صـحيحة، وسيظل التخبط في اقلام هؤلاء الجاهلين بواقع الإسلام ما داموا بعيـدين عـن فهـم جـوهره والاحاطة بابعاده وستظل هذه المزاعم مستمرة ما داموا يحكمـون علـى الإسـلام بتصـرفات بعض المسلمين التي تصدر عنهم عن جهل أو عن دس من يدفعهم بأسم خدمة الإسـلام مـن وراء ستار حتى وصف الإسلام زورا وبهتانا بانه دين الإرهاب.

الإسلام ليس دين الارهاب وانما هو دين السماح ودين السـلم والمحبـة والوئـام والاخـوة البشرية.

والارهاب الوارد في قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِـن رِّبَـاطِ الْخَيْـلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لاَ تَعْلَمُونَهُمُ اللّهُ يَعْلَمُهُـمْ وَمَـا تُنفِقُـواْ مِـن شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لاَ تُظْلَمُونَ﴾. [1]

انما المراد به التخويف والمقصود من قوله تعالى: ﴿تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ﴾ تخوفونـه بـه لان عدوكم إذا عرف انت تملك ما يملكه هو من قوة دفاعية أو تكون أكثر منـه قـوة لا يطمـع فيك ولا يجرأ ان يعتدي عليك لا من قريب ولا من بعيد وهذه الحقيقة تدل عليهـا السياسـة الدولية العسكرية دلالة واقعية قطعية.

---

[1] سورة الانفال: ٦٠.

والشريعة الإسلامية مليئة بالشواهد والبراهين على انها شريعة السلم وانها لا تقر اللجوء إلى القوة الا للدفاع الشرعي ومن تلك البراهين:

١- ان لفظة السلم ومشتقاتها وردت في القرآن الكريم في (١٣٣) آية قرآنية منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ ادْخُلُواْ فِي السِّلْمِ كَآفَّةً وَلاَ تَتَّبِعُواْ خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ﴾[1] وبمقتضى هذه الآية يكون اللجوء إلى العنف واستخدام القوة في حل الخلافات والمنازعات اتباعا وتنفيذا لمخططات الشيطان الذي هو من الد اعداء الانسان.

ومنها قوله تعالى: ﴿وَاللّهُ يَدْعُو إِلَى دَارِ السَّلاَمِ وَيَهْدِي مَن يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ﴾[2] ومنها قوله تعالى: ﴿فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْاْ إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً﴾.[3]

٢- في حالة اللجوء إلى استعمال القوة والدخول في الحرب لغرض الدفاع الشرعي متى ما طلب المعتدي ايقاف الحرب والدخول في المفاوضات وحل المشكلة بالطرق السلمية يأمر سبحانه وتعالى امر حتم والزام باستجابة هذا الطلب ونبذ الحرب واختيار الطرق السلمية فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾.[4]

٣- امر الإسلام بان تكون التحيات المتبادلة بين الناس صباح مساء حين اللقاءات (السلام عليكم وعليكم السلام) لكن تقليد المسلمين للعادات الغربية غير هذه الطريقة المثلى واحل محلها عادة (صباح الخير ومساء الخير).

٤- فرض الإسلام على كل من يقيم الصلاة ان يقول في صلواته (التحيات لله السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والسلام علينا وعلى عباد الله الصالحين) كما امر بان يختم صلاته بسلامين احدهما على من يكون في جهة يمينه والثاني على من في يساره،

---

[1] البقرة: ٢٠٨.

[2] سورة يونس: ٢٥.

[3] سورة النساء: ٦٠.

[4] سورة الانفال: ٦١.

حتى يبقى السلام عالقا في ذهنه ومتركزا في دماغه ولا يتفكر يوما ما بالقيام بـاي اعتداء ضد غيره من الانسان بل من الكائنات الحية النافعة الا بحق أو مبرر مشروع.

٥ـ سميت الشريعة الإسلامية والعمل بمقتضاها اسلاما لان الإسـلام مشـتق مـن السـلم وتحقق السلم بين افراد بني البشر في مقدمة مقاصد الشريعة الإسلامية اما تطبيقهـا تطبيقا يتعارض مع السلم والامن الشرعيين فهو مـن عيـوب الـذين يقـودون هـذا التطبيق الخاطئ وليس من عيوب الشريعة ذاتها.

٦ـ الشريعة الإسلامية عدت القتل بغير حق من كبرى الجرائم فقـال سـبحانه وتعـالى في القرآن الكريم: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِـي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَـا قَتَـلَ النَّـاسَ جَمِيعًا﴾[١]

وقد نهى القرآن الكريم نهيا قاطعا عن القتل بغير حق بدون تمييز بـين كـون المقتـول مسلما أو غير مسلم كما في قوله تعـالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُـواْ الـنَّفْسَ الَّتِـي حَـرَّمَ اللّـهُ إِلاَّ بِالحَقِّ﴾[٢] ولفظة (النفس) من صيغ العموم تفيد العموم بسبب (ال) الاستغراق.

٧ـ الشريعة الإسلامية بعد ان اباحت الدفاع الشـرعي حرمـت صـراحة في عـدة آيـات التجاوز عن حدود هذا الدفاع واعتبرت المتجاوز معتديا أي ان كل من يدافع عن حق مشروع إذا تجاوز الحد المطلوب لهذا الدفاع ينقلب من كونه مدافعا إلى كونه معتـديا على المعتدى من حيث المسؤولية والعقوبة ومـن تلـك الآيـات قولـه تعـالى: ﴿فَمَـنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَـعَ الْمُتَّقِينَ﴾[٣] فقيدت هذه الآية الدفاع بان يكون مثل الاعتـداء كمـا وكيفـا وامـرت بتقوى الله أي الخوف منه في حالة ارادة التجاوز وبينت ان الله يحب المـتقين أي الـذين يتقيدون بحدود الدفاع خوفا من الله ومنها قوله تعـالى: ﴿وَقَـاتِلُواْ فِـي سَـبِيلِ اللّـهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُواْ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبِّ الْمُعْتَدِينَ﴾[٤] وهذه الآيـة تـبين لنـا ان المقاتل في سبيل المصلحة العامة أو المصلحة الخاصـة إذا تجـاوز عـن الحـدود المطلوبـة

---

[١] سورة المائدة: ٣٢.

[٢] سورة الاسراء: ١٥١.

[٣] سورة البقرة: ١٩٠.

[٤] سورة البقرة: ١٩٤.

ينقلب إلى المعتدي وان الله لا يحب المعتدين ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرينَ﴾.[١]

هذه الآية إضافة إلى النص على المثلية وعدم التجاوز شجعت المعتدى عليه على العفو والصبر على اذى من تجاوز عليه إذا كان المعتدي ممن يستحق العطف والرحمة أو يصلح نفسه بدون العقاب.

وقد ورد في القرآن الكريم التشجيع على العفو في آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى في تعداد صفات المتقين: ﴿الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاء وَالضَّرَّاء وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾.[٢]

٨ـ القرآن الكريم يأمر الداعية إلى الحق وطريق الصواب بان يتخذ اسلوب الحكمة وسبيل النصح والتوجيه والتوعية ومناقشة الامور بما هو احسن وافضل من حيث النية والاستدلال بالادلة العقلية والنقلية لاثبات الحقائق واقناع الطرف المقابل بالواقع الصحيح المفيد فقال سبحانه وتعالى: ﴿ادْعُ إِلِى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾[٣] ثم يختم سبحانه وتعالى كلامه بان الداعية ليس مسؤولا عن تحقيق الغاية وانما عليه بذل العناية لان الله عالم بضلال من ضل سبيل الصواب وبهداية من اهتدى وهذه الطريقة هي (بذل العناية دون تحقيق الغاية) وليس هذا بالنسبة للداعية العادية فحسب وانما بالنسبة إلى الانبياء والرسل أيضا وهذه الحقيقة نص عليها القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنتَ مُذَكِّرٌ، لَّسْتَ عَلَيْهِم بِمُصَيْطِرٍ﴾[٤] ومنها قوله تعالى: ﴿فَهَلْ عَلَى الرُّسُلِ إِلاَّ الْبَلاغُ الْمُبِينُ﴾[٥]، ومنها قوله تعالى: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُم مَّا حُمِّلْتُمْ وَإِن تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ

---

[١] سورة النحل: ١٢٦.

[٢] سورة آل عمران: ١٣٤.

[٣] سورة النحل: ١٢٥.

[٤] سورة الغاشية: ٢٠، ٢٢. والخطاب موجهة إلى النبي محمد ﷺ ويشمل كل داعية إلى الخير.

[٥] سورة النحل: ٣٥.

الْمُبِينُ﴾[1] ومنها قوله تعالى: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ... الآية﴾[2] ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاء رَبُّكَ لآمَنَ مَن فِي الأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُواْ مُؤْمِنِينَ﴾[3] والهمزة في قوله تعالى (أفأنت) للاستفهام الانكاري وهو اقوى من النهي من الناحية البلاغية ومن حيث التأثير.

وفلسفة عدم مشروعية استخدام القوة ضد من يراد دعوته إلى الإسلام هي ان الايمان على الراجح يتكون من عنصرين:

أ ـ العنصر المعنوي:

وهو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بوجود الله وبصدق محمدﷺ في رسالته وبان القرآن وحي من الله وبكل ما يتفرع عن ذلك من الايمان بالمغيبات.

ب ـ العنصر المادي:

وهو عبارة عن الأعمال الصالحات، والاكراه إذا سيطر على الاعمال المادية فانه لا يسيطر على العنصرالمعنوي المكنون في القلب الذي لا يعلمه الا الله وصاحبه وبناء على هذا الواقع فان الإكراه على الدين بالنسبة لمن لا يقتنع بالعنصر المعنوي يكون منه شخصا منافقا (ازدواجيا) ظاهره غير باطنه والمنافق بالنسبة للمجتمع الإسلامي اخطر بكثير ممن يبقى على عقيدته الفاسدة التي يؤمن بها قبل الإكراه.

---

[1] سورة النور: ٥٤.

[2] سورة البقرة: ٢٥٦.

[3] سورة يونس: ٩٩.

المطلب الثاني
أسس قاعدة (الاصل هو السلم والحرب استثناء)

بنى الإسلام قاعدة الاصل هو السلم والحرب استثناء على أسس، منها:

١ـ وحدة النسب:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على ان جميع افراد بني الانسان اخوة اشقاء واخوات شقيقات لانهم من أب واحد (آدم عليه السلام) وام واحدة (حواء عليها السلام) لينبه الانسان على ان شيمة الاخوة هي التعاون على البر والخير والنفع والتكافل السلمي والاقتصادي والثقافي الاجتماعي لاستثمار خيرات الارض والانتفاع بما خلق لهم من الفضاء والجمادات والكائنات الحية ومن تلك الآيات قول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[١] والتقوى طاقة روحية يكتسبها الانسان من اعماله الصالحة تقيه من الشر والسلوك المنحرف وتقربه إلى الخير والنفع العام كما قال الرسول ﷺ ((أفضل الناس أنفعهم للناس)).[٢]

٢ـ وحدة المعدن:

نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق منه الانسان ويخلق منه هو التراب ومن البدهي ان التراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة ، فالمفروض ان يكون المخلوق من المتواضع متواضعا أيضا في طبيعته ولان كل شيء يرجع إلى اصله ولان التواضع فضيلة والتكبر والانانية رذيلة.

كذلك المفروض انه كلما ازداد الانسان في المركز العلمي والسياسي والاجتماعي والاقتصادي ان يزداد تواضعا اسوة بالاشجار المثمرة فالشجرة الحاملة للثمر تضع اغصانها الحاملة للثمر رؤوسها على الارض تواضعا والاغصان الفارغة الخالية من الثمر تتجه رؤوسها نحو السماء ومن الايات الدالة على وحدة معدن الانسان قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم

---

[١] سورة الحجرات: ١٣.

[٢] رواه الطبراني عن ابن عمر ، صحيح الجامع ، ٣٢٨٧ .

مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ﴾[١] ومن البدهي ان كل إنسان يخلق من حيمن الذكر وبويضة الأنثى وهما من جوهر الدم ، والدم من جوهر الماكولات والمشروبات وهما من جوهر التراب وعلى هذا الاساس كل إنسان مخلوق من معدن واحد وهو التراب. وقد اكد الرسول العظيم ﷺ هذين الاساسين (وحدة النسب ووحدة المعدن) فقال ((كلكم من ادم وآدم من تراب لا فضل لعربي على اعجمي ولا ابيض على اسود الا بالتقوى)).[٢]

فليس هناك شعب مصنوع من معدن الذهب مثلا واخر من معدن النحاس حتى يكون للاول الافضلية على الثاني، ومن الايات الدالة على وحدة المعدن أيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ[٣] مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً[٤] فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ[٥] ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً[٦] فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً[٧] فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ[٨] فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾.[٩]

٢ـ وحدة الصانع:

من البدهي ان كل مخلوق من الجمادات والكائنات الحية بضمنها الانسان من خلق الله وهذا ما نص عليه القران الكريم في آيات منها قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبُّكُمْ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ﴾[١٠]

ليس الانسان كالبضائع والسلع تنتج من الدول المختلفة والشركات المتفاوتة في نوعية انتاجها فتفضل سلع ومنتجات بلد كالمانيا مثلا على منتجات بلد آخر كالصين مثلا، فلا

---

[١] سورة الروم /٢٠
[٢] مسند البزاز ٣٤٠/٧ رقم (٢٩٣٨).
[٣] السلالة الخلاصة.
[٤] الحيمن والبييضة بعد اللقاح.
[٥] الرحم.
[٦] دما جامدا.
[٧] لحما قدر ما يمضغ.
[٨] أي ننفخ فيه الروح.
[٩] سورة المؤمنون /١٢ـ١٤ .
[١٠] سورة الانعام /١٠٢ .

يوجد هذا التفاوت في الانسان حتى يفضل بعض الناس على بعض آخر ويكون له من خيرات الارض حصة الأسد.

والتمييز العنصري أو الطائفي أو الديني أو المذهبي مرفوض في ميزان الشريعة الإسلامية إضافة إلى انه من مظاهر التخلف والجهل وعدم فهم الدين والحياة بصورة صحيحة.

٤ـ وحدة المصالح:

كل ما خلق في الكون مما من شانه ان ينتفع به الانسان مشترك بين جميع افراد الاسر البشرية في الماضي والحاضر والمستقبل والتقسيمات البشرية والحدود الدولية والحصص الداخلية في جميع الاقاليم انما هي من صنع البشر وليس من صنع الله فالايات القرانية تنص على كونها مشتركة بين الناس جميعا كما في قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأرض جَمِيعاً﴾[1] ولفظة (ما) اسم موصول تفيد العموم لذاتها و (جميعا) تاكيد لهذا العموم.

وقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾[2] وغيرها من الآيات الدالة على ان ما في الارض و الفضاء خلق للانسان وسخر له حتى ينتفع به.

غير ان الشريعة الإسلامية تقر الملكية الخاصة إذا كانت مبنية على اسس صحيحة وأسباب مشروعة وكانت مستوفية لاركانها وشروطها وذلك استبعادا للصراعات والنزاعات بين الافراد والمجتمعات.

٥ـ وحدة المصير:

مصير كل انسان هو الموت والانتقال إلى عالم آخر قال تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا[3] فَانٍ، وَيَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكُّمْ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشَيَّدَةٍ﴾[2].

---

[1] سورة البقرة: ٢٩.

[2] سورة لقمان: ٢٠.

[3] أي على الارض.

٦. وحدة المسؤولية:

كل انسان مسؤول عن اعماله في الدنيا والآخرة، فاذا كانت خيرا فجزاؤه خير وان كانت شراً فجزاؤه الشر، ولا حصانة لأي انسان لا في الدنيا ولا في الآخرة أيا كانت منزلته ومركزه السياسي والاجتماعي والثقافي والاقتصادي لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾[٣] فللفظة (من) اسم شرط تفيد العموم لذاتها.

عناصر الدفاع الشرعي العام واسسه:

عناصر اسس الدفاع الشرعي في جميع انواعه سواء اكان خاصا أو عاما داخليا أو خارجيا هي كما سبق بيانها.

ولا اختلاف الا بالحق الذي ينصب عليه الاعتداء فاذا كان خاصا فالدفاع خاص وإذا كان عاما فعام وقد سبق بيانها بالتفصيل في الدفاع الشرعي الخاص فلا مبرر لتكرارها.

ففي الدفاع الشرعي العام سواء كان داخليا أو خارجيا الحق الذي يتعرض لخطر الاعتداء الداخلي أو الخارجي حق عام لجميع افراد المجتمع فاذا لم يدفع بالوسائل المناسبة يكون ضرره عاما وشاملا فلا يخص شخصا دون آخر كاعتداء اليهود في الوقت الحاضر على الشعب الفلسطيني واحتلاله لاراضيه فالدفاع عن هذا الشعب المظلوم ضد الظالم الغاصب والمحتل واجب على كل من يتمكن ان يساهم في هذا الدفاع بالمال أو بالنفس والجهاد في سبيل دعوة الناس إلى اعتناق الإسلام يكون بايصال حقيقة الإسلام وجوهره إلى الذين لا يعلمون دوره في تنظيم حياة الاسرة البشرية.

والجهاد يكون بالقلم وباللسان وترجمة أحكام الإسلام وتحليلها وتعليلها واستخلاص نتائجها بكافة اللغات ونشرها.

والإسلام دين الفطرة ودين العقل السليم ودين النظام ودين الدولة ولو فهم فهما حقيقيا واقعيا وطبق تطبيقا صحيحا بعيدا عن الدجل والشعوذة والخرافات لآمن من في الارض جميعا.

---

[١] سورة الرحمن: ٢٦،٢٧.

[٢] سورة النساء: ٧٨.

[٣] سورة الزلزلة: ٧،٨.

المطلب الثالث
ما يباح وما يحرم
في الدفاع الشرعي العام (الجهاد)

نظمت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي العام واحاطته بشروط وقيود وبينت ما هو حلال وما هو حرام اثناء القيام بالدفاع الشرعي وفيما يأتي نماذج مما هو مباح وما هو حرام.

أ ـ ما يباح بسبب الجهاد:

١ـ اتلاف النفس وما دون النفس قبل الأسر وقبل انتهاء الحرب بالنسبة لكل من يساهم في الاعتداء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

٢ـ اتلاف أو اخذ جميع المعدات العسكرية المستخدمة في الاعتداء من قبل العدو أو من شأنها ان تستعمل فيه اثناء الاعتداء.

٣ـ اتلاف أو اخذ جميع المؤن العسكرية من العتاد والمواد الغذائية والادوية وغيرها مما يعتمد عليه العدو اثناء اعتدائه.

٤ـ اتلاف أو اخذ كل ما من شانه ان يستعين به العدو في تحقيق اهدافه العدوانية.

٥ـ استرداد جميع ما استولى عليه العدو مما يعود إلى المدافع من الانفس (كالاسرى) والمال كالعقار والمنقولات.

ب ـ ما يحرم فعله اثناء الدفاع الشرعي وبعده:

١ـ لا يجوز اتلاف النفس أو ما دون النفس بالنسبة لكل من لم يساهم في الاعتداء بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبوجه خاص النساء والاطفال والعجزة ورجال الدين.

٢ـ لا يجوز قتل الأسير أو تعذيبه اثناء الحرب وبعدها لان العدوان بالنسبة إليه ينتهي.

٣ـ لا يجوز النهب والسلب والغصب بالنسبة لأموال المدنيين المنتسبين إلى الجهة المعتدية ما لم تستخدم في الاعتداء من المعتدي.

٤ـ لا يجوز تخريب العمران كهدم البيوت وقطع الاشجار أو قلعها ولا اتلاف المزروعات اثناء المعركة أو بعدها.

٥- لا يجوز احتلال الاراضي من كل مـن المعتـدي والمعتـدى عليـه لان غنـائم الحـرب تقتصر على المعدات والمؤن الحربية وما يستخدم في الاعتداء دون غيرها فـالاحتلال محرم في الشريعة الإسلامية وفي القانون الدولي.

٦- لا يجوز متابعة المعتدي في اراضيه لان تراجع المعتدي إلى الامكنة التي اتـى منهـا يعني انتهاء الاعتداء فلا يبقى مبرر لمتابعته سواء كان الانسحاب اراديا أو قسريا.

٧- لا يجوز التجاوز عن حدود الدفاع الشرعي ولا استخدام سلاح اقـوى مـن السـلاح المستعمل في الاعتداء لان الله تعالى قال (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتـدى علـيكم) والمثلية تعني التناسب كما وكيفا.

٨- لا يجوز الاحتفاظ بأسرى الحرب بل يجب اطلاق سراحهم بمقابـل أو بدونـه فـورا بعـد انتهاء الحرب المشروعة وغير المشروعة ولا يجوز تعـذيبهم وتجـويعهم لقولـه تعـالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾[١].

واطلاق سراح الاسرى فوري سواء كان بمقابل كتبادل الاسرى او فـرض شـروط مشـروعة على الطرف المقابل او بعوض مادي او معنوي كاطلاق سـراح اسـرى معركـة بـدر الكـبرى مقابل تعليم اولاد المسلمين القراءة والكتابة والدليل على ذلك القران كما في قولـه تعـالى: ﴿فَإِذا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّـا بَعْـدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾[٢].

مصادر الحلال والحرام في الدفاع الشرعي العام الخارجي (الجهاد)

مصادر ما يباح في الدفاع الشرعي العام و ما يحرمه القـران والسـنة النبوية ووصـايا الحرب من الخلفاء الراشدين كما ياتي :-

١- **القران الكريم** : قال تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْـلِ مَـا اعْتَـدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.[٣]

---

[١] سورة الانسان: ٨.

[٢] سورة محمد / ٤

[٣] سورة البقرة/١٩٤.

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرينَ﴾.[١]

وقال تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[٢]. وغيها من مئات ايات اخر من هذا القبيل .

٢- **السنة النبوية** : قال رسول الله ﷺ مخاطبا جميع المسلمين الذين يشاركون في الجهاد لحماية الدين والعرض والحياة والمال: ((لا تغدروا ولا تغلوا[٣]ولا تقتلوا وليدا وستجدون رجالا في الصوامع معتزلين عن الناس فلا تعرضوا لهم ولا تقتلن امراة ولا صغيرا ولا كبيرا فانيا ولا تحرقن نخلا ولا تقلعن شجرا ولا تهدمن بيتا))[٤].

٣- **وصايا الخلفاء الراشدين** :

أ- قال الخليفة الاول ابو بكر الصديق (رضي الله عنه) مخاطبا المساهمين في الجهاد: (لا تخونوا ولا تغدروا ولا تقتلوا طفلا صغيرا و شيخا كبيرا ولا امراة ولا تقصروا نخلا ولا تحرقوه ولا تقطعوا شجرة مثمرة ولا تذبحوا شاة ولا بقرة و لا بعيرا)، ويلاحظ ان ذكر هذه الحيوانات ليس للحصر وانما يشمل الحكم كل حيوان اخر مملوك للمدنيين.

ب- وقال الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وهو يخاطب احد قادة جيوش المسلمين: (اني امرك ومن معك من الاجناد بتقوى الله على كل حال فان تقوى الله افضل العدة على العدو واقوى المكيدة في الحرب وامرك ومن معك ان تكون اشد احتراسا من المعاصي منكم من عدوكم فان ذنوب الجيش اخوف عليهم من عدوهم. وانما ينصر المسلمون بمعصية عدوهم لله ولولا ذلك لم تكن لنا بهم قوة لان عددنا ليس كعددهم ولا عدتنا كعدتهم فان استوينا في المعصية كان لهم الفضل علينا في القوة).

ت- وقال الخليفة الرابع علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) وهو ايضا يخاطب احد قادة المجاهدين ويريد به الجميع: (اياك والدماء وسفكها بغير حلها فانه ليس شيء

---

[١] سورة النحل: ١٢٦.

[٢] سورة البقرة ـ الاية: ١٨٨.

[٣] الغل والغدر يكونان في حالة التجاوز عن حدود الدفاع الشرعي .

[٤] الواقدي ، ج٢ ، ص ٧٥٨

ادعى الى النقمة ولا اعظم لتبعة ولا امريء بزوال نعمة من سفك الدماء بغير حقها فلا تقو سلطانك بسفك دم حرام فان ذلك ما يضعفه ويوهنه بل يزيله و ينقله.

وفي الختام اقول لمن يسيء الظن بالجهاد في الاسلام اذا كان هناك خطأ في الفتوحات الاسلامية فان مصدره هو الجيش نفسه و قادته لان الحقيقة فيما يتعلق بالدفاع الشرعي العام الخارجي (او الجهاد) عبارة عما ذكرنا من جانب منها في القران الكريم والسنة النبوية .

حكم استرقاق الانسان لاخيه الانسان في الاسلام :

ومرد استعراضنا لهذا الموضوع بصورة موجزة الى امرين :

احدهما : لا يزال كثير ممن لم يفهم ابعاد الاسلام وحقيقته بعد يزعم ان الشريعة الاسلامية اقرت هذا النظام البغيض (استعباد او استرقاق) الانسان لاخيه الانسان وما ثبت بالشريعة الاسلامية يبقى ما دامت الحياة باقية على كوكب الارض وهذا الزعم يسيء الاسلام بحسن النية الا انه يسيء الى الاسلام ويشوه حقيقته و يعطي الضوء الاخضر لاعدائه لاتهامه بانه دين الظلم والقسوة والارهاب والتخلف وبوجه خاص بعد ان اعتبرته قوانين العالم جريمة يعاقب عليها .

والثاني : ان المصدر الرئيس لوجود الاسرى كان الحروب غير المشروعة بين المجتمعات الهمجية وقد تركت دول العالم هذه الطريقة ولهذين السببين تناولت بحث هذا الموضوع في اكثر من مكان في مؤلفاتي وبحوثي لازالة تلك الفكرة الفاسدة المتركزة في ادمغة بعض المسلمين الذين باسم الدفاع عن الاسلام يشوهون سمعة الاسلام بحسن نية من غير ان يشعروا .

المطلب الرابع
حقوق اسرى ومرضى وجرحى وقتلى الحرب
في الشريعة الإسلامية

نتناول في هذا المطلب حقوق الأسير بشيء من التفصيل رغم تناولنا له في المؤلفات الأخرى ذلك لان الموضوع غير واضح بالنسبة لكثير من المثقفين المسلمين.

حقوق الأسير: بمقتضى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية يجب على الدولة أو الجهة الآسرة حماية الأسير من الاسترقاق وحماية حياته من القتل وحماية جسده من التعذيب وحماية كرامته من مس الاهانة كما في الايضاح الآتي:

الإسلام جاء بنظام تحرير الانسان من الاستعباد ولاخراجه من ظلمة العبودية البشرية والشرك والظلم إلى نور الحرية ونبذ العبودية لغير الله كما امرنا سبحانه وتعالى بان نكرر في كل ركعة في صلاتنا (اياك نعبد واياك نستعين)[1] إلى نور الايمان والعدل.

واسترقاق الانسان لأخيه الانسان كان من مظاهر عصر الهمجية والتخلف فكيف يقر دستور الله الخالد عملا يعتبره العقل السليم من مظاهر النقص والتخلف.

لكن لماذا لم يقر الإسلام إلغاءه دفعة واحدة ؟

الإسلام عالج الامراض الاجتماعية المزمنة المتوطنة بخطوات ومراحل تدريجية حذرا من رد الفعل السلبي كتحريم الخمر والربا والاسترقاق ونحو ذلك.

جاء الإسلام وكانت نسبة العبيد والجواري أكثر من نسبة الاحرار فلو قرر الغاء الرق دفعة واحدة لترتبت النتائج السلبية الآتية:

١- كانت التجارة بالرق تشكل العمود الفقري للحياة الاقتصادية فالتحرير دفعة واحدة كان يؤدي إلى وقوف الطغاة واسياد العبيد ضد الرسالة الإسلامية.

٢- لم يكن في بيت المال ما يؤمن عيش الملايين من الارقاء، ولم يكن هناك مصدر لعيشهم فتحريرهم دفعة واحدة كان يؤدي إلى قيامهم بالتمرد ضد الإسلام.

---

[1] سورة الفاتحة: ٥.

٣ـ تعود الرقيق على العبودية كان قد يؤدي تحريرهم إلى رفضه شخصيا كما حصل ذلك في أمريكا حين صدر قانون الغاء الرق من الرئيس السادس عشر للولايات المتحدة الأمريكية ابراهام لنكولن (Abraham Lincoln(١٨٦١ـ ١٨٦٥).

جاء الإسلام فوجد ان نظام استرقاق الانسان لأخيه الانسان مستنقع نتن يزود بالماء من عدة روافد فقطع عنه الماء بالقضاء على تلك الروافد فيبس المستنقع من غير رجعة فوضع فترة انتقالية لا نتهائه ونظم احكام الرق في القرآن والسنة النبوية في تلك الفترة وتوقف العمل بالنصوص التي نظمت تلك الاحكام. وهذا لا يسمى نسخا وانما هو توقف للعمل بالنص الذي جاء لمعالجة غرض معين فينتهي العمل به بانتهاء ذلك الغرض كما هو معروف في القوانين الوضعية.

ومن القواعد الاصولية والفقهية المتفق عليها في الإسلام ان الحكم يدور مع سببه وجوداً وعدماً فاذا زال السبب يزول الحكم.

أهم أسباب الرق في العصور السابقة قبل الإسلام:

١ـ الحرب: كانت في مقدمة أسباب الاسترقاق لدى الامم السابقة فجاء القرآن الكريم فحصر مصير الأسير في اطلاق سراحه بدون مقابل أو بمقابل فقال تعالى: ﴿فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾[1] وهذه الصياغة القرآنية في علم البلاغة للحصر فليس لاي مجتهد ان يضيف إليه شقوقات أخرى بان يقول اما استرقاقا أو اما قتلا واما اسلاما لان الله لم ينس ولم يجهل هذه الشقوقات.

ولم يسترق الرسول ﷺ ولا قادة المسلمين أي أسير في الحرب. وقتله ﷺ لبعض الاسرى كان لاسباب أخرى لا مجال لذكرها في هذا المبحث المحدد.

وحين فتح مكة قال لأهلها (كلكم طلقاء)[2].

والقائد الإسلامي صلاح الدين الايوبي (رحمه الله) اطلق سراح (٢٥) الف أسير بدون مقابل في الحرب الصليبية.

---

[1] سورة محمد:٤.

[2] رواه البيهقي في سننه الكبرى ١٨١/٩ بلفظ: (اذهبوا فأنتم طلقاء).

٢ـ **القرصنة والخطف ونحوهما**: فكان ضحايا هذه الاعتداءات يعاملون معاملة اسرى الحرب فيفرض عليهم الرق فحرم الإسلام هذه الطريقة وشرع عقوبات شديدة دفاعية.

٣ـ **ارتكاب بعض الجرائم الخطيرة**: كالقتل والسرقة والزنا فكانت عقوبته الحكم على الجاني بالرق لمصلحة الدولة أو المجني عليه أو ورثته فحدد الإسلام لهذه الجرائم عقوباتها الخاصة بها.

٤ـ **الفقر المتفشي**: الذي يلجأ الفقير إلى الاستدانة فعندما يعجز عن سد الدين الذي يضاف إليه الربا اضعافا مضاعفة في مجتمع فقير اختلت فيه موازين العدل.
وكان هذا الربا باعثا على ازدياد حدة الفقر الذي يفضي بالمدين إلى مستنقع الرق حيث كان يباح للدائن ان يبيع المدين وزوجته وأولاده بيع الارقاء. فشرع الإسلام عدة وسائل للقضاء على مشكلة الفقر كالنفقة والزكاة ونحوهما وحرم الربا وقال سبحانه وتعالى: (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)[1]

٥ـ **سلطة الشخص على نفسه**: عند الحاجة الاقتصادية يبيع نفسه للغير للحصول على لقمة العيش فجاء الإسلام فَسَد هذه الحاجة بطرق متعددة كما ذكرنا.

٦ـ **سلطة الابوة**: فكان للوالد حق بيع من يشاء من اولاده بيع الارقاء فحرم الإسلام ذلك.

٧ـ **تناسل الارقاء**: فكان ولد الجارية رقيقا بالنسب فاعتبره الإسلام حرا إذا كان والده حرا.

وهناك أسباب أخرى لا مجال لذكرها.

أسباب تفجر هذه المنابع:

١ـ الأسباب العنصرية والقبلية والدينية.
٢ـ فساد النظام الاقتصادي.
٣ـ انعدام روح الرحمة والتعاطف بين الناس.
٤ـ غياب الشرع والقانون.
٥ـ عدم كفاية الجزاء لعقاب الجاني.

---

[1] سورة البقرة: ٢٨٠.

طرق القضاء على نظام الرق:

شرع الإسلام عدة طرق للقضاء على هذا النظام البغيض منها ما يأتي:

١ـ تحريم استرقاق الأسير بحصر مصيره في اطلاق سراحه للحكم الاتية:

أ ـ الأسير لم يأت إلى ساحة المعركة باختياره ـ غالبا ـ فعلى أي اساس يسترق؟

ب ـ الحرب في الإسلام للدفاع الشرعي وقد انتهت بالنسبة للاسير بعد اسره فبانتهاء العدوان تنتهي مسؤوليته.

ج ـ اجباره على الإسلام بتهديده باسترقاقه مخالف للقرآن في آيات منها: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ... الآية﴾[1]

د ـ المقابلة بالمثل التي يستند اليها الكثير من مشروعية استرقاق الأسير مرفوضة لاوجه كثيرة منها:

اولا ـ الغي نظام الرق في جميع دول العالم بالاجماع فاين المقابلة بالمثل؟

ثانيا ـ المقابلة بالمثل تستلزم اما رفع تصرف العبد المشين (أي استرقاق العبد) إلى منزلة تصرف الله سبحانه وتعالى أو تنزيل تصرفه تعالى إلى تصرف عبده واللازم باطل فكذلك الملزوم

ثالثا ـ استرقاق الأسير انتقاما من العدو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلا تَـزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[2]

٢ـ جعل الإسلام تحرير الرقيق كفارة لكثير من الذنوب كما في الظهار والقتل خطأ إذ قال الله سبحانه وتعالى في الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾[3] وقال في القتل خطأ: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾.[4]

٣ـ خصص القران الكريم ثمن (١/٨) موارد الزكاة لتحرير العبيد حتى يسترد الرقيق حريته بدفع مبلغ يتقاضاه من اموال الزكاة ويدفعه لسيده مقابل تحريره قال تعالى:

---

[1] سورة البقرة: ٢٥٦.

[2] سورة الانعام / ١٦٤ .

[3] المبادلة: ٣.

[4] النساء: ٩٢.

﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾.[١]

٤ـ اقر الإسلام ان ولد كل جارية من حرٍ عاشرها بالزواج أو الملك حـر وان امـه (أم الولـد) تتحرر تلقائيا بعد موت زوجها أو سيدها. وبذلك قضى الإسلام على النسل كسبب مـن أسباب الرق.

٥ـ امر الإسلام امر وجوب والزام كل شخص متمكن ماليا ان يتعاون بماله في تحرير العبيـد عن طريق شرائهم وتحريرهم،أو عن طريق دفع المال لهـم ليـدفعوه إلى اسـيادهم مقابـل تحريرهم قال تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَالْمَلائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ﴾.[٢]

٦ـ امر سبحانه وتعالى اسياد العبيد بتحرير عبيدهم فقال: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[٣] وشجع كل انسان متمكن ماليا على تحرير العبيد مقابل اجر مـن الله فقـال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾.[٤]

٧ـ أقر الإسلام تحرير الاموال من العبيد والجواري تلقائيا إذا ملكهم فروعهم.

٨ـ من اعتق حصته من العبد المشترك عتق حصة شـريكه أيضـا إذا كـان متمكنـا ماليـا فعليه دفع تعويض للشريك مقابل حصته.

وهكذا كافح الإسلام هذا المرض الاجتماعي المزمن الـذي يهـين كرامـة الانسـان ويحطـم شخصيته وكل انسان مكرم من الله.

حقوق اسرى الحرب:

حقوق اسرى الحرب في الحفاظ على حياتهم وسلامتهم وحسـن معـاملتهم وحريـة ممارسـة شعائرهم الدينية واطلاق سراحهم بعد انتهاء الحرب لادلة نقلية وعقلية:

---

[١] التوبة: ٦٠.

[٢] البقرة: ١٧٧.

[٣] سورة النور: ٣٣.

[٤] سورة البلد: ١٢ـ١٣.

أ. من الادلة النقلية:

قوله تعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾.[١] وقوله تعـالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ وتقديم المن لتكريم النفس الانسانية.

وقد اتي الرسول ﷺ بالعباس اسيرا يوم بدر الكبرى فوجد قمـيص عبـدالله بـن ابـي الحارثي يقدر عليه فكساه النبـي اياه[٢]. وقال ﷺ: ((الا لا يجهـزن علـى جـريح ولا يتبعن مدبر ولا يقتلن أسير)).[٣]

وفي فتح مكة لم يامر الرسول ﷺ الا بقتل ثلاثة لخيـانتهم العظمـى لا لكـونهم مـن الاسرى وقال لسواهم من اهل مكة: (لا تثريب عليكم اذهبوا فانتم الطلقاء)[٤].

ولم يقتل اسيرا لكونه اسيرا وانما لخيانته العظمـى، وتبـع مسـلك النبـي ﷺ الخلفـاء وقادة المسلمين.

يقول الشافعي (رحمه الله): (اخبرنا سفيان بن عيينة ان علياً اوتي باسير يـوم صـفين والحرب لا تزال قائمة فقال لا تقتلني فقال لا اقتلك إني اخاف الله رب العالمين فاطلق سراحه).[٥]

والقائد الإسلامي صلاح الدين الايوبي اطلق سراح الاف الاسرى في الحروب الصليبية بينما نابليون بونابرت عندما شحت عنده اغذية الاسرى البالغ عددهم أربعـة الاف في عكا امر بقتلهم[٦].

ب . ومن الادلة العقلية:

١ـ قتله لكونه معتديا غير جائز لان اعتداءه انتهـى باسـره والـدفاع الشـرعي ينتهـي بانتهاء الاعتداء.

---

[١] سورة الانسان: ٨.

[٢] ينظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٨/ ١٨٠

[٣] اخرجه بلفظ قريـب البيهقـي في سـننه ٨/ ١٨١ وابـن شـيبة في مصـنفه ٧/ ٥٤٣رقـم ٣٧٨١٦وعبـد الرزاق في مصنفه ١٠/ ١٢٣.

[٤] ينظر احكام القران للجصاص ٣/ ٢٩١.

[٥] ينظر الام للامام الشافعي ٤/ ٢٩١

[٦] ينظر اسرى الحرب في التشريع الإسلامي والقانون الدولي للقاضي فاضل دولان ص ٥٨.

٢ـ قتله للانتقام من دولته مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.[١]

٣ـ تخييره بين القتل والإسلام مخالف لقوله تعالى: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾.

٤ـ قتله للمقابلة بالمثل يستلزم تنزيل تصرف الله تعالى إلى منزلة الانسان أو رفع الانسان إلى منزلة تصرف الله واللازم باطل فكذلك الملزوم.

وجه الملازمة ان المقابلة بالمثل تكون بين ادنيين أو اعليين لا بين الادنى والاعلى.

حقوق مرضى وجرحى وقتلى الحرب:

تسري احكام الاسرى المذكورة في الشريعة الإسلامية على مرضى وجرحى الحرب إضافة إلى وجوب الرعاية الصحية لهم وتقديم العلاج والتداوي لهم شانهم شان مرضاهم وجرحاهم.

اما قتلى الحرب للعدو فان كانوا في ارض الإسلام فيجب دفنهم لسببين:

احدهما: رعاية كرامتهم لان قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾[٢] يشملهم كما يشمل المسلمين وتجب رعاية مراسيمهم إذا امكنت.

والثاني رعاية الجانب الصحي لان ترك الدفن يؤدي إلى انتشار الامراض والاوبئة في ساحة المعركة.

---

(١) سورة الانعام / ١٦٤ .

(٢) سورة الاسراء: ٧٠.

المبحث الثاني

الدفاع الشرعي في القانون الدولي

القانون الدولي مر بتطور لانه كان منذ بدايته عبارة عن الاهداف والمصالح الشخصية للدول الخاضعة لهذا القانون ثم بعد مرحلة من التطور اصبحت المصالح والاهداف عامة من الناحية النظرية ولكنها من حيث التطبيق ظلت ذات المصالح الخاصة لغياب المعايير الدولية الملزمة وغياب سلطة تملك محاسبة الطرف المسؤول عن مخالفة هذا القانون وبعد ان مر هذا القانون بمرحلة أخرى من التطور اصبح القانون الدولي يهدف مصالح الدول الخاضعة له نظريا وتطبيقيا غير انه ظل مقترنا ببعض العوائق تحول دون تطبيقه بالنسبة لجميع الدول والشعوب لسيطرة بعض الدول الكبرى على هذا القانون وتدخلها حين التطبيق بما يحقق العدالة والمساواة بين جميع الشعوب والامم.

ولم تعرف الدول حتى القرن السابع عشر قانونا دوليا ينظم العلاقات الدولية وتحدد حقوق والتزامات الدول في حالتي السلم والحرب ثم ظهرت فكرة القانون الدولي ومرت بالتطورات الاتية:

أـ معاهدة وستفاليا ١٦٤٨م بين الدول الاوربية

وهي تعد نقطة البداية للقانون الدولي التقليدي.[١]

وقد اعتبرت الحرب مظهرا للسيادة المطلقة للدول الموقعة عليها وعلى سبيل المثل نادى توماس هوبز وهو من مفكري هذا العهد بالحرب الشاملة أي حرب جميع الناس

---

[١] العوامل التي اثرت في القانون الدولي من معاهدة وستفاليا ١٦٤٨م التي قضت على النظم السياسية التي سادت اوربا خلال العصور الوسطى واحلت محل تلك النظم نظما أخرى مهدت السبيل إلى نشوء القانون الدولي الحديث:

أ ـ النهضة الاوربية وظهور دول مستقلة.
ب ـ اكتشاف امريكا ١٤٩٢.
ج ـ ميلاد الشعور القومي.
د ـ الاصلاح الديني.
هـ ـ معاهدة وستفاليا.
و ـ مبدأ السيادة المطلقة.
ز ـ مبدأ مصلحة الدولة.
ح ـ مبدأ التوازن الاوربي.

على جميع الناس والقضاء على فكرة الحق والباطل، وفكرة العدل والظلم واعتبار القوة والتدليس الدعامتين الاساسيتين للفضيلة في حالة الحرب[(١)].

ب ـ عهد عصبة الامم:

نتيجة ما أقرته معاهدة وستفاليا من الحرية المطلقة للدول في دخول الحرب إذا حققت هذه الحرب مصلحة بلدها قامت الحرب العالمية الأولى واكتوى العالم بنارها خلال أربع سنوات (١٩١٤ـ ١٩١٨م) وويلات هذه الحرب دفعت الدول والشعوب إلى التفكير بضرورة تكوين سلطة دولية عليا تتولى حل المنازعات بطرق سلمية وتضع حداً للحروب غير المشروعة فأنشئت عصبة الامم عام (١٩٢٠م) غير انها لم تستطع ان تحقق اهدافها لسببين:

أحدهما: عدم تحريم هذا العهد للحرب الا في حالة واحدة وهي حالة فصل النزاع بقرار التحكيم أو التقرير الملزم من مجلس العصبة مع رضاء احد الطرفين المتنازعين ودخول الآخر في الحرب رغم ذلك[(٢)].

ثانيهما: ان الدول الكبرى التي أنشأت عصبة الامم كما كانت متناقضة في اهدافها وسياستها وقد انعكس ذلك في ميثاق العصبة التي لم يكن وثيقة موحدة متفق عليها وانما هو خليط من المواد المطاطية القابلة لاكثر من تفسير واحد[(٣)].

وبناء على ذلك كانت قرارات عصمة الأمم بمثابة التوصيات غير الملزمة.

ج ـ ميثاق بريان كيلوج:

عرض المسيو بريان وزير خارجية فرنسا على زميله المستر كيلوج وزير خارجية امريكا عام (١٩٢٧م) عقد اتفاقية لتلافي الحرب بينهما واللجوء إلى الوسائل السلمية في حال المنازعات وقد قبلت الولايات المتحدة هذه الفكرة لكن اقترحت فتح الباب للدول الأخرى للانضمام اليها واصبح الميثاق نافذا عام (١٩٢٩م) وقد انضمت اليها (٦٣) دولة قبيل

---

(١) لمزيد من التفصيل ينظر اسرى الحرب للدكتور عبد الواحد يوسف ص ٣٩ وما يليها.

(٢) ينظر المواد (١٢،١٣،١٥) من عهد عصبة الامم.

(٣) ينظر عصبة الامم المتحدة للاستاذ احمد توفيق ٦٤٣/١.

الحرب العالمية الثانية ورغم ذلك فشل هذا الميثاق أيضا في تحقيق اهدافه لاسباب لا مجال لذكرها.

د ـ ميثاق الأمم المتحدة:

نتيجة لفشل القانون الدولي في جميع مراحله المذكورة في وضع حد للحروب غير المشروعة وفي تـأمين السـلم والامـن الـدوليين قامـت الحـرب العالميـة الثانيـة عـام (١٩٣٩ـ١٩٤٥م)وحل هذا الميثاق محل عهد عصبة الأمم وقد بدأت ايجاد هيئـة جديـدة تحل محل عصبة الأمم في اجتماع موسكو في ٢٠ تشرين الأول ١٩٤٣ بين رئيس الولايات المتحدة الامريكية ورئيس الاتحاد السوفيتي سابقا.
ثم في اجتماع واشنطن بين ممثلي الدول الكبرى في ٢١اب ـ٢تشرين الاول١٩٤٤ـ
ثم في مؤتمر سان فرانسيسكو عام١٩٤٥م ، وفي ٢٦حزيـران عـام ١٩٤٥ وافقـت الـدول على ميثاق هيئة الأمم المتحدة بعد ادخال تعديلات عليه واصبح نافذا اعتبارا مـن ٢٤ تشرين الأول ١٩٤٥م[1]
وقد انضم إلى هذا الميثاق لحد الان (١٩٣) دولة وجاء في مقدمـة الميثـاق بيـان اجمـالي ونص على الآتي:
(نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على انفسنا ان ننقذ الاجيال المقبلة مـن ويـلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت علـى الانسـانية مـرتين احزانـا يعجـز عنهـا الوصف، وان نؤكد من جديد ايماننا بـالحقوق بمـا للرجـال والنسـاء والامـم كبيرهـا وصغيرها من حقوق متساوية، وان نبين الاحوال التي يمكن في ظلـها تحقيـق العدالـة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي... الخ)
وخصص هذا الميثاق الفصل الأول: لبيان مقاصـد الهيئـة ومبادئهـا في المـادة الأولى التي نصت على ان مقاصد الأمم المتحدة هي الآتية:
١ـ حفظ السلم والامن الدوليين وتحقيقا لهذه الغاية تتخذ الهيئـة التـدابير المشـتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولازالتها، وتقمع اعمال العـدوان وغيرهـا

---

[1] ينظر القانون الدولي العالمي لاستاذنا الدكتور حسن الجلبـي: الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحـدة من محاضرات الماجستير في القانون المطبوعة على الرونيو ص١٤ وما يليها.

من وجوه الاخلال بالسلم، وتتذرع بالوسائل السلمية، وفقا لمبادئ العدل والقـانون الدولي لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الاخلال بالسلم أو لتسويتها.

٢- انماء العلاقات الودية بين الأمم على اساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبان يكون لكل منها تقرير مصيرها وكـذلك اتخاذ التـدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام.

٣- تحقيق التعاون الـدولي علـى حـل المسـائل الدوليـة ذات الصـبغة الاقتصـادية والاجتماعية والثقافية والانسانية وعلى تعزيز احـترام حقـوق الانسـان والحريـات الاساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك اطلاقا بلا تمييـز بسـبب الجـنس أو اللغة أو الدين ولا تفرق بين الرجال والنساء.

٤- جعل هذه الهيئة مرجعا لتنسيق اعمال الأمم وتوجيهها نحو ادراك هـذه الغايـات المشتركة.

وبالاضافة إلى ما ذكرنا حصر الميثاق شرعية الحرب في حالة الدفاع الشرعي فقـط نـص في م/٥١ على انه (ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى وجماعات في الدفاع عن انفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على احد اعضاء الأمم المتحـدة وذلك إلى ان يتخذ مجلس الامن التدابير اللازمة لحفظ السلم والامـن الـدوليين والتـدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالا لحق الدفاع عن النفس تبلـغ إلى مجلـس الامـن فـورا ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس بمقتضى سلطته ومسؤوليتـه المستمدة من احكام هذا الميثاق. من الحق في ان يتخذ في أي وقت ما يرى ضروريا لاتخاذه من الاعمـال لحفـظ السلم والامن الدوليين واعادته إلى نصابه.

ولا ينكر ان ميثاق الأمم المتحدة يعد خطوة مهمة متطورة في تنظيم حياة الاسرة الدولية غير ان وجود حق (الفيتو) أي حق الاعتراض على القرارات الموضوعية للدول الكبرى من الأعضاء الدائميين جعله قليـل الفائـدة في الحفـاظ علـى حقـوق الشـعوب ووضـع حـد للتجاوزات غير المشروعة وتقييـد الحروب غير المشروعة وتأمين السلم والامن الدوليين.

هـ- الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

أصبح اعلان حقوق الانسان نافذا منذ عام ١٩٤٨م وهـذا الاعـلان عبـارة عـن تقريـر حقوق الانسان وحمايتها حيث نص في مادته الأولى على انه (يولد جميـع النـاس احـرارا

ومتساويين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم ان يعامل بعضهم بعض بروح الاخاء).

الاستنتاج:

نستنتج مما ذكرنا فيما يتعلق باهداف القانون الدولي النقاط الآتية:

١ـ تأمين السلم والامن الدوليين.

٢ـ التمييز بين الحروب المشروعة وغير المشروعة.

٣ـ حصر الحروب المشروعة في حالة الدفاع الشرعي وتقييد هذا الدفاع بقيود وشروط محددة.

٤ـ رعاية العدالة والمساواة في التعامل مع الغير في حالتي الحرب والسلم.

٥ـ حماية كرامة الانسان وحقوقه وفي مقدمتها المساواة بين الشعوب وبث روح الاخاء وعدم التمييز على اساس الاختلاف في الجنس أو العرق أو اللون أو الدين أو نحو ذلك.

حقوق اسرى وجرحى ومرضى وقتلى الحرب في القانون الدولي:

القانون الدولي الحديث بعد تطويره عالج هذا الموضوع معاملة انسانية قريبة من معاملة الشريعة الإسلامية من الناحية الاخلاقية والانسانية واذكر على سبيل المثال انموذجا موجزا مما جاء في اعلان حقوق الانسان وفي اتفاقية جنيف لضيق المقام.

نص الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٩٤٨/١٢/١٠ في مادته الثانية على ان (لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان دونما تمييز من أي نوع ولا سيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس[1] أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي وغير السياسي أو الاصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الولد أو أي وضع آخر).

وفي المادة (٣) على ان: (لكل فرد حق الحياة والحرية والامان على شخصه).

---

[1] الصواب استعمال الصنف بدلا من الجنس، لأن المقصد الذكر والأنثى وهما صنفان وليسا جنسين.

وفي المادة (٤) على انه: (لا يجوز استرقاق احد أو استعباده ويحظر الرق والاتجار بـالرقيق بجميع صوره).

بالنسبة لاتفاقيات جنيـف فيمـا بـين ٢١/٤/١٩٤٨- ١٢/١/١٩٤٩م انعقـد المـؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحرب، ومثلـت فيـه رسميـا (٦٣) دولـة وتوصل المؤتمر إلى اعتماد الاتفاقيات التالية:[١]

الاتفاقية الأولى: اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان ١٢/ آب/١٩٤٩.

الاتفاقية الثانية: بتحسين حال الجرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار المؤرخة في ١٢/ آب/١٩٤٩.

الاتفاقية الثالثة: بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة ١٢/ آب/١٩٤٩.

الاتفاقية الرابعة: حماية الاشخاص مـن المـدنيين في وقـت الحـرب المؤرخـة في ١٢/ آب/ ١٩٤٩.

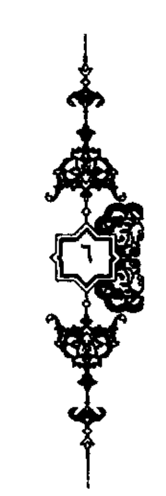
وتناولت الأولى في موادها (١ـ٦٤) احكاما كثيرة تتعلق بشؤون الجرحى والمرضـى منهـا احترامهم من افراد القوات المسلحة ودفن الموتى باحترام وطبقا لشعائر دينهم إذا امكـن وان مقابرهم تحترم ولا يجوز من البر الهجوم على سفن المستشفيات. ولا يجوز مهاجمـة الطـائرات الطبية المستخدمة في اخلاء الجرحى والمرضى ولا يجوز تعريض أسير حـرب للتشـويه البـدني والتجارب الطبية أو العلمية وتحظر تدابير الانتقاص من اسرى الحرب، ولاسرى الحرب حـق في احترام اشخاصهم وشرفهم في جميع الاحوال ويجب ان تعامل النسـاء الاسيرات بكـل اعتبـار الواجب بجنسهن[٢]، ويحتفظ اسرى الحرب بكامل اهليتهم المدنية التي كانت لهم قبـل الاسـر ولا يجوز تقيد ممارسة الحقوق التي تكلفها هذه الأهلية الا بالقدر الذي تقتضيه الاسر.

وتتكفل الدولة الآسرة لاسرى الحرب باعانتهم دون مقابل كتقديم الرعاية الطبيـة مجانـا وعلى الدولة ان تعاملهم على قدرة المساواة دون تمييز ويحتفظ مجانـا بكفالـة ممتلكـاتهم إلى غير ذلك من الحقوق الأخرى التي لا مجال لذكرها.

---

[١] الصواب بصنفهن.

[٢] يُنظر اتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢/اب- اغسطس ١٩٤٩.



الفصل السادس

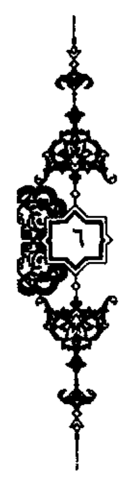
استعمال الحق

القسم الثاني من اسباب الاباحة استعمال الشخصي حقه الذي منحه اياه الشرع والقانون فالاعمال غير المشروعة التي يمارسها الانسان على اساس استعمال الحق تتحول الى المشروعة والمباحة اذا توافرت اركان هذا الاستعمال وشروطه وانتفت موانعه وتقيد صاحب الحق في استعماله للحق بالقيود المفروضة على ارادته شرعاً وقانوناً.

ويتناول هذا الفصل دراسة ثلاث نقاط رئيسة وهي حق تأديب الزوج لزوجته اذا اصدر عنها ما يستوجب ذلك من الاخلال بالتزاماتها الزوجية او ارتكابها جريمة منافية للاداب والاخلاق.

وتأديب الولي للقاصر الذي تحت ولايته، ويندرج تحت تأديب الولي تأديب المعلم للمتعلم الذي لم يبلغ سن الرشد، لان المعلم كما هو مسؤول عن التعليم مسؤول ايضاً عن التربية والاعمال الرياضية.

ويخصص لدراسة كل نقطة من هذه النقاط مبحث مستقل.





المبحث الأول
التأديب الأسري

وتوزع دراسة هذا الموضـوع علـى مطلـبين، يخصـص الأول لتأديب الـزوج لزوجتـه، والشـاني تربيـة وتأديـب الأولاد القاصرين.

المطلب الأول
تاديب الزوج لزوجته

هذا التأديب اساسه مسؤولية الزوج بحكم مكنـة البدنيـة والماليـة لحمايـة الزوجـة مـن الاعتداء على حياتها او سلامتها او عرضها ومن الانفاق عليها ونحو ذلك وتتدرج تحت هذه الشمولية عن سلوكها وقيمها واخلاقها واخلالها بالتزامتها تجاه الزوج والاولاد وغيرهم.

ومصدر هذه المسؤولية قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[1].

والقوامة ليست لنقص اهلية الزوجة وليس المراد بها المعنى المعروف من القيمومة علـى القاصر وناقص الاهلية وانما المراد بها المسؤولية عن الحماية والانفاق بالنسبة للزوجة.

وكذلك ليس المراد بالتفضيل تفضيل الرجل على المرأة بالمنزلة والمكانة وانمـا المـراد فيـه المكنه البدنية والقابلية الخلقية التي يتميز بها الرجال لان من الصـفات البـارزة في الرجـال قوة المقاومة بينما في المرأة اهم الصفات البارزة فيها النعومـة والعاطفـة. لان الرسـول ﷺ

---

[1] سورة النساء/ ٣٤ ، تتمة الآيـة: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾.

فضل الام على الاب بثلاثة اضعاف حين سأله احد اصحابه فقال: مَنْ أَبَرُّ؟ قَالَ: أُمَّكَ، قُلْتُ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: أُمَّكَ، قُلْتُ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: أُمَّكَ، قُلْتُ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: أَبَاكَ))[1].

وبناءً على ذلك فان على الزوج ان يعلم مقدماً النقاط الاتية وان يتصرف بمقتضاها:

١-المرأة ليست بضاعة تباع وتشترى وثمنها مهرها بل هي اثمن من ان تثمن بالثمن، فهي نصف المجتمع ان لم تكن كله وهي ام، واخت، وبنت، وزوجة.

٢-الزوجة ليست تحت رحمة الزوج ان شاء امسكها وان شاء اهانها او طلقها فالطلاق ابغض الحلال شرع للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

٣-الزواج ليس عقدا تكون الزوجة محلاً لهذا العقد، وانما هو (ميثاق غليظ)، كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[2] وبمقتضى هذا الميثاق تتكون شركة روحية بين الزوجين رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتقابل، وربحها انجاب جيل جديد صالح لاستمرارية بقاء نوع بني الانسان بما يتلائم مع مركزه في هذا الكون وتكريم الله اياه.

٤-الطلاق ابغض الحلال عند الله ورغم ذلك اباحه الشارع كوسيلة اخيرة من وسائل التأديب في حالة الظروف الاسرية الاستثنائية وكآخرعلاج لحل المشكلة العائلية.

٥-الاسلام يأبى ان ينهار على رؤوس الزوجين والاولاد بلحظة واحدة بناء استغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة.

وبعد هذه المقدمة يجب على الزوج ان يكون في استعمال حق التأديب حسن النية وان تكون غايتها الاصلاح والحفاظ على الزوجية دون الانتقام وان يتقيد في التأديب بالتسلسل الطبيعي الانساني الوارد في القرآن الكريم كما يلي:[3]

---

[1] حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، وَالنَّسَائِيُّ، وَابْنُ مَاجَهْ وَسَكَتَ عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ وَنَقَلَ الْمُنْذِرِيُّ تَصْحِيحَ التِّرْمِذِيِّ ، وَأَقَرَّهُ.

[2] سورة النساء/ ٢١ .

[3] كما سبق في سورة النساء/ ٣٤ ، وكما في وقله تعالى في سورة التحريم/الآية ٦٠: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾.

اولاً: الموعظة

امر القرآن الكريم الزوج في حالة نشوز زوجته واخلالها بالالتزامات الزوجية ان يتبادر الى طريقة النصح والوعظ والارشاد والتوجيه والنية على الاخطاء بدلاً من اللجوء الى عمل اخر مخالف فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[١]
هذه الطريقة هي اول واجبات الزوج لاصلاح كل ما تتعرض لها الاسرة من الفساد لانه عمل تهذيب مطلوب لاهل الاسرة باسرها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾.[٢]
والوعظ مقصود بالذات هنا لهدف معين هو معالجة بوادر نشوز الزوجة والاحتلال بواجباتها الزوجية قبل ان يستنحل الامر فتترتب عليه نتائج سلبية لكن الزوجة قد تطغى بجمالها او مالها او حسبها او المستوى الثقافي او نحو ذلك كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿لا إِنَّ الأنسَانَ لَيَطْغَى أَن رَّآهُ اسْتَغْنَى﴾[٣] فهي قد لا تتأثر بالموعظة الحسنة فعندئذ على الزوج ان يغير الاسلوب باتخاذ الخطوة التالية.

ثانياً: الهجر في المضاجع

المضجع موضع الاغراء وهجرة اسلوب نفسي في التأديب يتخذه الزوج لتنبيه زوجته على انها سوف تلاقى مصير الحرمان من مضجعها الذي يمثل قمة العلاقة الزوجية في المودة والرحمة والسكينة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لايَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[٤].
لكن التربية الاخلاقية الاسلامية تأمر الزوج بان يلتزم بما يلي:
١- لا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.
٢- ان لايهجرها امام الاطفال حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم ويورث في نفوسهم الشر والفساد. وان لايكون هجراً امام الغرباء يذل الزوجة ويقلل من شأنها او تشير كرامتها فتزداد نشوزاً لان المقصود علاج النشوز لا اذلال الزوجة ولا افساد الاطفال.

---

[١] سورة النساء/ ٣٤ .
[٢] سورة التحريم/ ٦ .
[٣] سورة العلق/ ٦-٧.
[٤] سورة الروم/ ٢١.

٣-واذا فشلت هذه الطريقة لما تحمله الزوجة من نفسية شـريرة وترتكـب جريمـة اخلاقيـة منافية للاداب والقيم على الزوج ان يلجأ الى اسلوب آخر يتناسب مع هذه النفسـية وهو الخطوة التالية.

ثالثاً: الضرب

يشترط في حق استعمال الضرب شروط منها :

١-ان يكون بحسن النية والغاية الاصلاح دون الانتقام.

٢-ان يكون غير مبرح لا يظهر أثره في العظم والوجه ولايـؤدي الى حـدوث عاهـة في جسم المرأة، وبخلاف ذلك يعد عمل الزوج جريمة يعاقب عليها كضربه لغير زوجته.

٣-ان ترتكب الزوجة جريمة منافية للاداب والاخلاق.

وانما امر الله بالضرب لان الزوج في هذه الحالة امام ثلاثة خيارات لا رابع لها:

أ- اما اللجوء الى القضاء ففيه فضح اسرار العائلة.

ب- واما الطلاق وفيه تفكيك الاسرة.

ت- واما ضرب غير مبرح (لا يؤذي الى ولايؤلم ولا يجرح).

فالضرب هو الاصوب.

وقد يزعم البعض ان اسلوب الضرب ليس اختياراً حكيماً فاقول لهم:

اجل الضرب بمفهومهم السقيم ليس من الحكمة ولكن هذه الطريقـة ليسـت معركـة بـين الرجل والمرأة يراد لها بهذا الاسلوب تحطيم رأس المـرأة حـين تـتهم بارتكـاب سـلوك منـافٍ للاداب العامة والالتزامات الزوجية.

ان هذا قطعاً ليس من الاسلام وانما هو تقاليد في بعض الازمان نشأت مع هوان الانسان.

فأمر الاسلام يختلف في الشكل والصورة وفي الهدف والغاية.

فالضرب كالطلاق بغيض ولكن اهون شر من الخيارات الثلاثة المذكورة آنفاً.

وقد اكد ذلك الرسول العظيم ﷺ في من اقواله منها:

((لا يجلد احدكم امرأته جلد عبد ثم يجامعها في آخر اليوم))[1].

وقال عن الذين يضربون نسائهم ((ولا تجدون اولئك خياركم)) [1].

---

[1] ينظر صحيح مسلم بشرح فتح الباري للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٢-٨٥٢) باب مايكره من ضرب النساء ٣٠٢/٩.

وقال ((ولا يضرب الا اشراركم)) [٢].

ويستنتج من هذه الاحاديث الشريفة ان الضرب لا يكون الا عقاباً لزوجة ترتكب عمـلاً منافياً للاخلاق والآداب العامة. وهذا العقاب لا يكون بالطلاق لان العقوبة يجب ان يقتصر اثرها في شخص الجاني، في حين ان الطلاق له اثار سـلبية علـى الـزوجين والاولاد ان وجـدوا واسرتيهما، وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[٣].

وكذلك لايكون العقاب من المحكمة لان تدخلها يـؤدي الى انتشـار الخبر وبالتـالي الى اساءة سمعة الاسرة.

وقد فهم السلف الصالح هذه الحقيقة فالقاضـي شـريح (رحمـه الله) الـذي عينـه امـير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قاضياً على البصرة ومارس القضـاء (٦٣) سـنة كان عندما ينور غضبه ويتأثر من زوجته (زينب) يأخذ سواكه الذي يسمح يه اسنانه عنـد الصلاة ويشير اليها مهدداً به اياه قائلاً:

رأيت رجالاً يضربون نساءهم

فشلت يميني حين اضرب زينبا

اذن فالضرب الذي امر به القرآن غير الضرب الذي يفهمـه الجهلـة. واستصـحاب الهـدف لهذه الاجراءات يأبى ان يكون الضرب تعـذيباً للانتقـام والتفشـي ويمنـع ان يكـون اهانـه وتذليلاً وتحقيراً للزوجة ويرفض ان يكون ارغاما على معيشة لا ترضاها[٤].

تلك الخطوات الثلاث التي تتبع اذا كان النشوز من الزوجـة، امـا اذا كـان مـن الـزوج فالقرآن يأمر باتباع الخطوة التالية.

رابعاً: الصلح (والصلح خير)

وجه القرآن الكريم الزوجين الى التصالح والتفاوض والتفاهم كلما بدت بوادر نشوز الزوج. قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن

---

[١] نيل الاوطاد للشوكاني ٢٣٨/٦.
[٢] الطبقات الكبرى ١٤٨/٧.
[٣] سورة الانعام / ١٦٤ .
[٤] ينظر سيد قطب، في ظلال القرآن ٦٤/٥.

يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[1].

هذه خير طريقة للتنظيم الاجتماعي في محيط الاسرة حين يخشى وقوع ظاهرة النشوز والاعراض من قبل الزوج، تهدد مركز المرأة وكرامتها وامن الاسرة واستقرارها.

قبل ان يصل الأمر الى الطلاق الذي هو ابغض الحلال الى الله. او ترك الزوجة تعيش بين حالتي البقاء والطلاق. وقد شجع القرآن الكريم الزوج على التفاهم وقبول الصلح الذي هو خير له ولزوجته واولاده لانه قد يكون مخطئاً في كراهة زوجته فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[2].

تلك الخطوات الاربع تتبع حين يكون الطرف المقصر من الزوجين معلوماً.

اما في حالة شقاق بينهم واتهام كل منهما الاخر بالتقصير والتسبب فان القرآن يأمر بتدخل جهة ثالثة من الاهل والاقارب لاصلاح ذات البين عن طريق التحكيم.

خامساً: التحكيم

حين ظهور بوادر الشقاق والخلاف بين الزوجين على اسرتهما، او ولي الامر، او القاضي او اية جماعة اسلامية: التدخل بتقديم العون والمساعدة لمنع ضرر الشقاق بالاسلوب الذي يأمر به القرآن في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[3].

وتنفيذ هذا الامر الالهي لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توفر مايلي:

أ- ان يبعث حكم من اهلها ترتضيه، وحكم من اهله يرتضيه.

ب- ان يكون الحكمان عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.

ج- ان يكونا من اقارب الزوجين ان امكن، فان لم يكن لهما اهل او كان ولم يكن فيهم

---

[1] ((وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)) سورة النساء/ ١٢٨

[2] ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ النِّسَاء كَرْهًا وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا)) سورة النساء/ ١٩.

[3] سورة النساء/ ٣٥.

من يصلح لذلك لعدم الخبرة او العدالة او غير ذلك فيستحب ان يكونا جارين[1] وحكمة اشتراط كون الحكمين من الاهل هي سعة إطلاعهما على مشاكل الزوجين وحفظهما على سمعة الاسرتين، ووفرة شفقتهما على الاولاد، وتوقع نجاح مهمتهما غالباً.

د- ان يكونا محايدين تكون غايتهما هي الاصلاح دون تمييز وتفريق وانحياز .

هـ- ان يجتمع الحكمان مع الزوجين في جو من الهدوء بعيداً عن الانفعالات النفسية، والترسبات الشعورية، والملابسات المعيشية، وغيرها من الاسباب الموجبة لتذكير صفوة الحياة الزوجية.

و- أن يرفعا تقريراً صادقاً امينا نزيها متضمناً للاسباب الحقيقية لخلاف وشقاق الزوجين، محددين فيه الجهة المقصرة منهما.

واذا فشلت هذه الخطوات الخمس فآنئذٍ يتضح ان هناك مالا يدع الحياة الزوجية تستقيم وتستقر، ففي هذه الحالة من الحكمة الخضوع للواقع المر، الطلاق البغيض على كره من الاسلام فان الطلاق ابغض الحلال الى الله.

سادساً: الطلاق للمرة الاولى

عند قيام الضرورة الملحة يسمح الاسلام باللجوء الى الطلاق الذي حدد بثلاث مرات في قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2].

أي الطلاق الذي يجوز بعده استئناف الحياة الزوجية بالرجعة في الطلاق الرجعي وبعقد ومهر جديدين في الطلاق البائن (مرتان) ففي حالة الرجعية والعقد الجديد ليس لوليها الاعتراض لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[3].

---

[1] ينظر احكام القرآن لابن العربي (ابي بكر محمد بن عبد الله) ١/٤٢٤.

[2] ((الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)).سورة البقرة/٢٢٩.

[3] ((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ)) سورة البقرة/٢٣٢.

وقد ذهب كثير من الفقهاء والمفسرين الى ان المقصود هو ان الطلاق الرجعي مرتان فبعد كل مرة (إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ) ارجاع الزوجة بدون عقد، (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) ترك المطلقة دون الرجعة لتبين بانقضاء العدة .

ومع تقديري العظيم لمكانة هؤلاء العلماء الكرام، فان كلامهم هذا مخالف الظاهر النص المذكور للاسباب الاتية:

١- لفظ (تسريح) في اصطلاح القرآن الكريم لا يعني سوى الطلاق بدليل ماورد في سورة الاحزاب الآية (٢٨): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لأزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ والآية (٤٩): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

٢- لا يتصور ان يفسر السراح في هذين النصين بالترك حتى تنقضي العدة وبصورة خاصة في النص الثاني الطلاق بائن لانه قبل الدخول، ومن الواضح ان القرآن يفسر بعضه بعضاً.

٣-استقر رأي جمهور فقهاء المسلمين على ان الطلاق والسراح والفراق ومشتقاتها من الصيغ الصريحة للطلاق.

٤-التسريح عمل ايجابي صادر من الانسان بارادته المنفردة، والترك عمل سلبي فلا يجوز ان يفسر الاول بالثاني.

٥-فاذا كان المقصود من (الطلاق مرتان) هو الطلاق الرجعي فاين حكم البائن، وما الحكم اذا كان الطلاق قبل الدخول.

٦-يقول القرطبي: (قال ابن عمر: وأجمع العلماء على ان قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين[1] واياها عني بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

٧-جاء ما يؤيد ذلك في احكام القرآن للجصاص[2] واحكام القرآن لابن العربي[3].

---

[1] احكام القرآن لابي عبدالله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الطبعة الثالثة ١٢٧/٣.

[2] الامام ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن، تحقيق محمد حادق قمحاوي، نشر دار المصحف، القاهرة، ٨١/٢.

[3] المرجع السابق، ١٩١/١.

اذن قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ حقيقة في التطليق الثالث ولا توجد قرينة تصرفه عن هذا المعنى الحقيقي، وان قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ بيان للحكم الذي يترتب على الطلقة الثالثة دون ذاتها. وهذا الحل هو انها لا تحل للزوج الاول حتى تتزوج آخر يدخل بها دخولاً شرعياً فاذا افترقا بموت او طلاق او تفريق قضائي و انتهت عدتها فعندئذٍ يجوز ان يتزوجها الزوج الاول ان رغبا في ذلك.

التزامات المطلق حين الطلاق:

اذا سمح الاسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير في مجال التأديب فانه لم يدعه ان يتصرف في هذا الحق متى وكيف شاء، بل ألزمه بالتقيد بما يلي:

١-التفريق بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات وهذا ما ينص عليه قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، ومن البدهي أنه لا مجال للإجتهاد في مورد النص، والنص القرآني المذكور وزّع الطلقات الثلاث على ثلاث مرات بوضوح وصراحة.

يقول الجصاص: قال تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ﴾ وذلك يقتضي التفريق لا محالة لانه لو طلق اثنتين معاً لما جاز ان يقال طلقها مرتين، وكذلك لو دفع رجل درهمين لم يجز ان يقال اعطاه مرتين حتى يفرق الدفع فحينئذ يطلق عليه[1].

ويقول ايضاً: (فان معناه الامر).

٢-التوقيت: على الزوج ان يتقيد في طلاقه بالوقت المحدد له في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[2] الخطاب لنبيه في هذه الآية لاثارة الاهتمام، وتصوير الجدية. ووقت عدتهن حددته السنة النبوية بما عدا الاوقات التالية.

أ- وقت الحيض: فلا يجوز طلاق الزوجة اذا كانت حائضاً.

ب- وقت النفاس: ولايجوز اذا كانت نفساء.

---

[1] احكام القرآن للجصاص،المرجع السابق، ٢/٧٣،٧٤.

[2]((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا))،(سورة الطلاق/ ١)

ت- وقت طهر عاشرها فيه: فلا يجوز الطلاق بعد المعاشرة لاحتمال تكون الحمل[١].
ث- أن لا تكون مطلقة لا طلاقا رجعيا ولا طلاقا بائنا، لان تطليق المطلقة تحصيل الحاصل، وهو مستحيل بإتفاق العقلاء، فإذا أراد أن يطلقها طلقة ثانية أو ثالثة فله أنه يراجعها ثم يطلقها إذا رغب في ذلك.[٢]

٣-عدم اخراجهن من بيت الزوجية اذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها، ويؤمن لها ما تحتاجه ما دامت في العدة من مطعم وملبس ومشرب ومسكن. وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[٣]

وفي الامر بتقوى الله قبل الامر بعدم اخراجهن تحذير موجه الى الازواج وكذلك في: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ ثم تعبير: ﴿مِن بُيُوتِهِنَّ﴾ لتوكيد حقهن في الاقامة بها فترة العدة. وفي الفقرة الاخيرة: ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[٤]. تعليل لعدم اخراجهن وذلك لاتاحة الفرصة للرجعة واستئناف عواطف الحب والمودة والوئام، بالتفكير في نتائج الافتراق وذكريات الحياة المشتركة حيث تكون الزوجة بعيدة بحكم الطلاق قريبة من العين . وخلال فترة العدة له الحق ان يراجيها بدون عقد جديد بالفعل والقول عند بعض الفقهاء، وبالقول فقط (كراجعتك) عند الاخرين. والفعل كالمعاشرة مع نية الارجاع، وذا انتهت العدة لايحق له اعادتها الا بعقد جديد.

٤-الاشهاد على الطلاق والرجعة: فعلى الزوج ان يطلق بحضور شاهدين وان يراجع زوجته امام شاهدين حتى يكون بعيدا عن مواضع التهم . والاشهاد في هاتين الحالتين نص

---

[١] لمزيد من التفصيل: يراجع فتح الباري بشرح جمع البخاري، المرجع السابق، ٣٤٥/٩، كتاب الطلاق باب قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)) ويراجع زاد المعاد في هدي خير العباد محمد خاتم النبيين وامام المرسلين للامام العلامة ابن قيم الجوزية، ٤٣/٤ ومابعدها تحت عنوان (حكم رسول الله (ﷺ) في تحريم طلاق الحائض والنفساء والموطوءة في طهرها وتحريم ايقاع الثلاث جملة).

[٢] الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة، تأليف جماعة من نوابغ العلماء، مطبعة الإمام، ١٣ شارع محمد كريم بالقلعة القاهرة. ص١٢١

[٣] سورة الطلاق/ ١.

[٤] سورة الطلاق/ ١.

عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1] . والامر بحضور شاهدين عادلين للوجوب لان الوجوب هو مقتضى امر الله مالم يقم دليل على خلاف ذلك.

٥- عدم اكراه المرأة على ان ترد اليه شيئا من الصداق او نفقة انفقها اثناء الحياة الزوجية مقابل تسريح الزوجة اذا لم تصلح حياتها معها. لكن اذا وقع شيء من ذلك برضائها للزوج مقابل الطلاق لانها تكرهه وتريد التخلص منها مهما كلف الثمن فلا باس في ذلك ويسمى هذا الطلاق في اصطلاح الفقهاء (الخلع) .

قال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[2]

فهذا النص يدل على مدى حرص الاسلام على حماية المراة من الظلم الذي تتعرض له بعد الطلاق. واذا استانفا الحياة الزوجية بعد الطلاق الاول ثم رجع الخلاف والشقاق وسوء التفاهم فعلى الزوج ان يتبع الخطوات الخمس التي سبقت الطلاق الاول بنفس الترتيب . فاذا فشلت المحاولات يجوز للزوج التطليق مرة ثانية .

سابعا: التطليق مرة ثانية :

على الزوج في هذه المرة ان يراعي جميع القيود التي فرضت على ارادته في الطلاق الاول من تفريق ، وتوقيت، واشهاد ، وعدم اخراج الزوجة حتى تنقض عدتها .

واذا عادا الى حياتهما الزوجية بعد الطلاق الثاني اما بالرجعة عندما يكون الطلاق رجعيا ، او بعقد جديد حين يكون بائنا ثم رجعا الى نفس الماساة فعلى الزوج ايضا اتباع الخطوات الخمس الاولى. فاذا لم تجد نفعا فله اللجوء الى الطلقة الثالثة والاخيرة .

---

[1] ((فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا)) (الطلاق/ ٢).

[2] سورة البقرة /٢٢٩ . بخصوص وجوب الاشهاد، راجع التفسير الكبير للامام فخر الرازي ٣٤/٣. احكام القرآن للقرطبي، المرجع السابق، وتفسير الطبري ١٣٧/٢٨.

ثامنا: التطليق مرة ثالثة

فاذا تم استيفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الاحكام الاتية :

١- عدم جواز ابقاء الزوجة في بيت الزوجة لانها اصبحت بائنة بينونة كبرى ومحرمة .

٢- عدم جواز اعادة الزوجة لا بالرجعة ولا بعقد جديد للبينونة الكبرى .

٣- للزوجة بعد انتهاء عدتها ان تختار زوجا اخر شريكا لحياتها الزوجية .

٤- يجوز لها الرجوع الى الزوج الاول بالشروط التالية :

أ- ان تتزوج زوجا اخر زواجا شرعيا طبيعيا لا عن طريق التحليل لأن التحليل باطل، وان يدخل بها الزوج الثاني دخولا شرعيا.

ب- ان يحصل الافتراق بالموت او الطلاق او التفريق القضائي.

ج- ان تنتهي عدتها من هذا الافتراق.

فاذا توفرت هذه الشروط يجوز للزوج الاول ان يتزوجها اذا رغبا في ذلك لان كلا منهما مر بالتجربة العملية فيتوقع نجاح الزواج بعد هذه التجربة .

حكمة هذا الاجراء:

١- ان الطلقة الثالثة تعتبر نتيجة حتمية لاستعمال الخصومة بين الزوجين وفسح المجال لهما من الشارع الحكيم اكثر من ذلك (طلاق فامساك ففراق فعودة فسراح) اقرار للعيش واستمرار لتعاسة لا نهاية لها .

٢- تتعلق جواز العودة – بعد الطلقة الثالثة – بالتزوج من زوج ثان قيد اخر اضافه الشارع الحكيم الى القيود الاخرى على الارادة في الطلاق تضييقا لدائرته.

٣- ان تجربة الزوجة مع الزوج الجديد قد توضح امامها كل حقيقة فتميز صوابها من خطاها بين مقارنتها بين الحياتين مع الزوجين . وقل مثل ذلك بالنسبة الى الزوج ايضا.

وفي ختام هذا المبحث فاعود واقول لأهل الإفتاء وغيرهم:

تلك هي المبادئ العامة في اجراءات التاديب اقرها القران الكريم بوضوح وهي حكيمة وسليمة لا تسمح للزوج ان يتسرع الى إنهاء رباط الزوجية فيفصمه لاول وهلة ولاتفه الاسباب . ولا يدع هذا الرباط المقدس الروحي يفلت الا بعد المحاولة والياس، وانه يهتف بالرجال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا

كَثِيرًا﴾[١] ولكن شتان بين ما يأمر به القران الكريم وبين ما يعمل به اكثر المسلمين في العالم الاسلامي.

واقول بمرارة وكلكم معي : (لقد تحول هذا الدستور العظيم الخالد من التطبيق على الاحياء الى اغنية المقابر يتزنم ويتغنى به للاموات)!!!!

المطلب الثاني
تربية وتاديب الأولاد القاصرين

من تعمق في الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بنشأة الفرد نشأة صحيحة بعيدة عن السلوك الانحرافي يجد انها تعتمد ٩٥٪ على الوسائل الوقائية و٥٪ على الوسائل العلاجية كالعقاب والتأديب.

ومن البدهي ان الوقاية خير من العلاج من الناحية السلوكية والصحية اما العلاج الذي يتمثل بالعقاب او التأديب الذي يستهدف تحقيق الزجر والردع رغم ان فيه معنى الوقاية غير ان القانون والقضاء الذي يطبقه لايحققان الوقاية عن الجنوح بمعناها التام لان الامتناع عن السلوك الجرمي حينئذ لا يرجع الى العزوف الشخصية عن هذا السلوك وانما يرجع الى خشية العقاب من حيث الأساس بحيث لو كان العقاب اقل شدة او احتماله اقل تأكيداً لكان من الجائز الاقدام على الجنوح والاتجاه نحو الانحراف.

ومن جهة اخرى فان الزجر والردع الناتجين من العقاب او التأديب ليس مرجعهما اجراءات تربوية وتوجيهية تتخذ للحيلولة دون جنوح القاصر وانما مردهما الى خشية العقاب وخوف الاذى.

اضافة الى ذلك من الصعب تقدير مدى اثر وقوة الزجر والردع الناشئين من الخوف على منع الانحراف والسلوك الخاطئ والجنوح اذ ليس لحد الآن معيار موضوعي واضح لمعرفة نسبة الاشخاص الذين يمنعهم الزجر والردع من ارتكاب الجنوح سواء أكانوا من الكبار ام من الصغار.

---

[١] ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ النِّسَاء كَرْهًا وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا)) (سورة النساء /١٩).

ثم ان زجر الناشئ من العقاب اوالتأديب ليس له دور فعال بالنسبة للمحترفين للجنـوح او السلوك الجرمي اذ ان الجانح المحترف او المجرم المعتاد قد حسب حسابه واعد نفسه لكافة المخاطر المتوقعة.

هذا كله الوقاية الناتجة من التربية البيئية الصحيحة والتوجيه المعنوي المستقيم وذلـك للاسباب الآتية:

أ- الوقاية تعني مكافحة العوامل التي من شأنها ان تؤدي الى الجنوح والانحراف واتخـاذ سلوك غير سليم في المجتمع.

ب- السياسة الوقائية تستند الى اسس علمية وعملية سواء أكانت في الشرع الاسلامي ام في القانون وبذلك يكون نجاحها في تحقيق الهدف غير مشكوك فيه.

ج- الوقاية تستخدم منذ وقت مبكر أي في حالة يكون الفرد في دور العجينة فله مرونة تامة لان يأخذ قالب السلوك الصحيح وان يعود على مايدرب عليه ويتقبـل اختيـار السير في طريق مستقيم.

د- وقد قيل قديماً وحديثاً (العلم في الصغر كالنقش على الحجر) ومن الواضح ان التربية البيتية والتوعية والتوجيه والاخذ بالسلوك الصحيح كله من باب العلـم (التعليـم والتعلم).

ومن هذا المنطلق: امرت الشريعة الاسلامية بممارسـة الاسـس والوسـائل الوقائيـة عـن جنوح الاحداث لا من تكوينه فحسب بل مما قبله ومن تلك الوسائل مـاترجع الى مـا قبـل خلقة الانسان وتحوله من البذرة الى الجنين في بطن امه.

وفي ضوء الشريعة الاسلامية يمكن تقسيم المؤسسـات الدينيـة الـتي تعمـل علـى خلـق الوقاية عن جنوح وانحراف الاحداث الى الاتية:

١- الاسرة.

٢- المدرسة.

٣- المسجد.

٤- الحسبة.

ونحاول دراسة هذه المؤسسات التي تستحدث الوقاية عن الجنوح بدراسة موجزة كالاتي:

اولاً: دور الاسرة

من البدهي ان الاسرة المتمسكة بالاسلام في وقاية جنوح الاحداث تعد الخلية الاولى لتكوين هيكل المجتمع الذي يتكون من مجموع الخلايا الاسرية. فالاسرة هي طريق لنشأة المجتمع او هي المجتمع الصغير الذي يسلم الفرد الى المجتمع الكبير لذا فان كل ما يجنبه الفرد من المجتمع الصغير تنعكس اثاره في المجتمع الكبير سلباً او ايجاباً.

وتعود اهمية الاسرة في تقويم سلوك اعضائها القاصرين الى انها تستقبل الطفل وهو بعد عجينة مرنة تقبل كل حجم تمليه عليه الاسرة، او هو لوح حساس تترك به المؤثرات بصمات عميقة واضحة.

ثم ان الاسرة معرض واسع يعرض فيه كل لون من الوان العوامل الاجتماعية من وجدانية واخلاقية وثقافية واقتصادية.

وفيها يتم نسيج العلاقة الوجدانية التي يربط الفرد بالحياة الخارجية ويكاد هذا النسيج يأخذ اللون النهائي في بضع السنين الاولى من الحياة حيث يفهم فيها الفرد معنى معيناً للمجتمع والحياة فيميز الصالح عن الطالح والطيب من الخبيث والنافع من الضار والخير من الشر.

فيها يجوع ويشبع ويطمح اويقنع، فينطوي على الرضاء او الحقد ولذا يمكن ان تشبه الاسرة بأنها كوعاء تنضج فيه الروح الاجتماعية او تحترق.

ولكل ما ذكرنا بل ولاكثر من ذلك اولت الشريعة الاسلامية اهتماماً كبيراً بدور الاسرة في الوقاية عن جنوح الاحداث فطلبت من الاسرة اموراً وهي من مستلزمات تلك الوقاية ، كيفية معاملة كل من الزوجين مع الآخر، ومنها ترجع الى الطفل ذاته كالرضاعة والحضانة.

ما يتعلق بطبيعة الزواج:

امر الاسلام الانسان ان يأخذ بنظر الاعتبار الدين والاخلاق في اختيار شريكة حياته على لسان رسوله ﷺ حيث قال: ((تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ))[1].

أي ان العوامل التي تدفع الرجل الى اختيار امرأة معينة كشريكة لحياته اما مالها او

---

[1] صحيح بخاري ٥٠٩٠، صحيح مسلم ١٤٦٦.

جمالها او مركزها الاجتماعي او دينها (اخلاقها) والاسلام يأمره ان يأخذ بالمعيار الأخير حتى لا يقع في المذلة. واذا اجتمع فيها الصفات الاخرى ايضا فذاك نور على نور.

وقل مثل ذلك في اختيار المرأة لرجل يكون شريكا لحياتها وقالﷺ ((تخيروا لنطفكم فان العرق نزاع)) [١] وفي رواية اخرى ((تزوجوا في الحجر الصالح فان العرق دساس)) [٢] ومن هذا الحديث الشريف يتبين لنا ان الرسولﷺ علم تأثير الوراثة على السلوك قبل اكتشاف هذا التأثير بمئات السنين. بل أشار القرآن الكريم إلى تأثير الجين الوراثي بوضوح في قوله تعالى: ﴿فَأَتَتْ بِهِ قَوْمَهَا تَحْمِلُهُ قَالُوا يَامَرْيَمُ لَقَدْ جِئْتِ شَيْئًا فَرِيًّا، يَاأُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾ [٣].

وقال الرسولﷺ ايضاً ((إياكم وخضراء الدمن ، فقيل : يا رسول الله ، وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء)). [٤] فالطفل في البداية الاولى من حياته لا يميز الخطأ من الصواب، بل يحكم على الاشياء على اساس قانون اللذة والالم، فاللذة هي التي تدفعه الى الاقدام على فعل ما، والالم وحده يدفعه الى الاحجام دون اي اعتبار آخر، كما انه لايملك قوة التحليل والتعليل والاستنتاج وانما دوره يقتصر على التقليد لابويه او غيرهما في اختيار ما هو خير وما هو شر لذا بل لأكثر من هذا قال سبحانه وتعالى مخاطباً الازواج: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [٥] لأن لحسن المعاشرة وسوءها أثرا فعالا على سلوك الطفل في المستقبل.

ما يتعلق بالرضاعة والحضانة:

امرت الشريعة الاسلامية ان يكون الارضاع من ام الطفل شريطة ان تكون متخلقة بالاخلاق الفاضلة حتى يتأثر بها الطفل ويأخذ طريق الصواب في مستقبل حياته. كما طلبت ان تكون الحاضنة متحلية بالصفات الحميدة حتى يقتدي بها المحضون ويصبح عضوا صالحا في المجتمع ويتعامل مع غيره بالحسن والصواب عندما يدخل معركة الحياة.

---

[١] الحديث عند ابن ماجه وقد انفرد به عن اصحاب الكتب التسعة.

[٢] العراقي، تخريج الإحياء ٥٣/٢.

[٣] سورة مريم/ ٢٧- ٢٨.

[٤] الدارقطني، المقاصد الحسنة ١٦٤

[٥] سورة النساء/ ١٩.

ثانياً: دور المؤسسة التعليمية

للمؤسسة التعليمية دور كبير في سلوك القاصرين لأن القاصر كما ذكرنا لا يملك قوة ادراك الاشياء على حقيقتها بل يقتصر دوره على التقليد داخل الاسرة والمدرسة وخارجها لذا لسلوك المعلم في المدرسة أثر فعال على سلوك المتعلم القاصر سلباً او ايجاباً.

فالمعلم لا يقتصر دوره على التعليم بل عليه اضافة الى ذلك التوجيه والتوعية.

وعليه ان يكون قدوة حسنة يقتدي به المتعلمون وان يكون رمزاً للاخلاق ووعاء للقيم حتى يقتدي به المتعلمون.

ثالثاً: دور العبادة في سلوك الفرد صغيراً كان او كبيراً.

جميع العبادات التي كلف بها الانسان وسائل وقائية لمنع من يتمسك بها من الانحراف يقول سبحانه وتعالى في دور الصلاة في الوقاية: ﴿أَقِمِ الصَّلاةَ إِنَّ الصَّلاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾[1] جملة (إِنَّ الصَّلاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ) تعليل بعلة منصوصة لوجوب اقامة الصلاة وفلسفتها وحكمها فالمصلي اذا ادى صلاته بصورة صحيحة اكتسب مناعة ضد كل جرثوم جرمي.

وقال تعالى في وقاية الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[2].

وتعبير (لعلكم تتقون) تعليل فلسفي لحكمة وجوب الصيام أي لعلكم تكتسبون طاقة روحية تقيكم من الشر.

رابعاً: الحسبة

الدور الوقائي للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فعال في الوقاية عن الاجرام والجنوح اذا ادى بصورة صحيحة.

وقد ذكرنا سابقاً ما يتعلق بهذا الموضوع فلا داعي للتكرار.

---

[1] سورة العنكبوت/ ٤٥.

[2] سورة البقرة/ ١٨٣.

هذا كله لايعني ان تأديب الاولاد القاصرين لا تأثير له في سـلوكهم الصـحيح وابعـادهم من الجنوح بل يجب على ولي الامر القيام بالتأديب كلما بدت ظـاهرة الانحـراف وانكشـفت بوادر الجنوح لدى القاصرين. لان للعلاج مع الوقاية دوراً مهما في اصلاح القاصر والحيلولـة دون جنوحه.

ويجب على ولي الامر في تأديب القاصرين الذين هم تحت ولايته ان يأخذ الحذر والحيطة في هذا التأديب وان يتصرف بالحكمة لان رب تأديب يؤدي الى نتيجة عكسية كما قيـل قـديماً وحديثاً (المرء حريص على ما منع).

المبحث الثاني
الاعمال الرياضية

سبق ان بينا ان القوانين الجزائية الوضعية حصرت اسباب الاباحة في ثلاثة انواع وهي حق الدفاع الشرعي الخاص، واستعمال الحق، واداء الواجب ، خلافاً لما عليه الشرع الاسلامي من توسيع اسباب الاباحة الشاملة لما ذكرنا وغيرها.

ومن باب استعمال الحق في الدفاع الشرعي الاسلامي ممارسة الالعاب الفروسية والسباحة والرماية ونحوها من الاعمال الرياضية الفكرية البدنية البعيدة عن العنف والحاق الاذى الجسمي بالغير.

ومن البدهي ان الرياضة بصورة مطلقة من الوسائل التربوية والترفيهية البدنية الضرورية للحفاظ على الصحة والنشاط اذا كانت في حدود المعقول بعيدة عن الافراط اللامحدود واللامعقول وقد قيل قديماً وحديثاً (العقل السليم في الجسم السليم).

ومن حيث استعمال العنف وعدمه تقسم الالعاب الرياضية في العصر الحديث الى نوعين:

أحدهما: نوع لايتطلب استعمال العنف كقذف الرمح والتنس، وكرة القدم، والسباحة، وسباق الخيل، او السيارات او الدراجات او حمل الاثقال او نحو ذلك لا يترتب عليه استعمال العنف والحاق الاذى بجسم الانسان وهذا النوع لا اختلاف في مشروعيته واباحته اذا توافرت شروطه وروعيت قواعده واصوله وانتفت موانعه.

والثاني: يفترض فيه استعمال العنف على جسم المنافس كالملاكمة والمصارعة وكاراتيه وغيرها، مما يستلزم توفر عنصر العنف فيه وبالتالي يترتب الحاق الاذى الجسمي بالطرف المنافس رغبة في الفوز والتغلب على الخصم.

وهذا النوع الثاني قد اختلف القوانين في مشروعيتها وعدها من اسباب الاباحة لما فيها من الحاق الضرر البدني بالطرف الاخر.

وجدير بالذكر ان هذا الاختلاف لا نجده في الشرع الاسلامي لعدم الاختلاف في عدم مشروعيته.

اساس اباحة الالعاب الرياضية

يرجع هذا الاساس الى ان اللاعب يستعمل حقه الذي اقر له القانون واكده العرف الدولي وشجعته دول العالم واعترفت بمشروعية ممارسة هذا الحق الهيئات الدولية التي تتـولى رعايـة وتنظيم الالعاب الرياضية.

ولا ترجع اباحة الاعمال الرياضية الى عدم توافر القصد الجنائي، ولا الى رضـاء المعتـدى عليه الذي يتعرض للاذى الجسمي.

لان تخلف عنصر القصد الجنائي اذا كان من شأنه ان يرفع المسؤولية الجزائية فانه لايبيـح الفعل وبالتالي لا ينفي المسؤولية المدنية ومطالبة المصاب بتعويض ضرر اصاب به.

وقل مثل ذلك في رضاء المجنى عليه لان رضاء الانسان بالاعتداء على سـلامة جسـمه مخالف للنظام العام لكون حياة كل انسان عضو في المجتمع مشتركة بينه وبين هذا المجتمع فهي ليست حقا خاصا له حتى يحق له التنازل عنها بدليل تحريم الانتحـار شـرعاً وقانونـاً وعرفاً.

شروط اباحة ممارسة الالعاب الرياضية: [1]

يشترط لاباحة ممارسة الالعاب الرياضية توافر شروط يمكن تلخيصها فيما يأتي:

١- توافر حسن النية لدى اللاعب في حركة رياضية من شأنها ان تلحـق الاذى بـالطرف المنافس فيجب ان تكون نيـة اللاعب متوجهة الى تحقيق الغاية المشروعة التي قصدها القانون للاعتراف بإباحة اللعبة.

---

[1] ينظـر: د.محمـود نجيـب حسـني، شـرح قـانون العقوبـات المصـري، القسـم العـام، ط١/١٩٦٧ ، ص ومايليها.

د.محمـود محمـود مصـطفى، شـرح قـانون العقوبـات المصـري، القسـم العـام، ط١/١٩٨٣، ص ١٧٦ ومايليها.

د.عبـاس الحسـني، شـرح قـانون العقوبـات العراقـي الجديـد القسـم العـام، ط١/ ١٩٧٠، ص١١٨ ومايليها.

الاستاذ المحامي محسن ناجي، الاحكام العامـة في قـانون العقوبـات العراقـي، ط١/١٩٧٤، ص٢١٦ ومايليها.

واذا كان اللاعب سيء النية حين الحاق الاذى باللاعب الآخر المنافس يسأل جزائياً عن الحدث اذا عد جريمة في الظروف الاعتيادية كما يسأل مدنياً اذا كان الحدث ضرراً يستوجب التعويض لو حدث خارج ممارسة اللعبة.

٢-ان تكون اللعبة من الالعاب التي يعترف بها العرف الرياضي بأن يكون لها قواعد يتعارف عليها وتقاليد تحمل المشتركين فيها على احترام هذه القواعد.

٣-ان تكون افعال العنف او التي ادت الى المساس بسلامة جسم المنافس قد ارتكبت اثناء المباراة الرياضية فاذا حدثت قبل البدء بها او بعد انتهائها، اوبعد تخلي الخصم عنها فلا تعد من اسباب الاباحة.

٤-ان يكون اشتراك اللاعب في المباراة باختياره ورضائه التام. فاذا اجبر على الاشتراك لا يعد لعبه من اسباب الاباحة بل يترتب على الضرر الجسمي حق مطالبة المتضرر بالتعويض عنه كما يسال محدث الحدث جزائيا اذا كان مما يسال عنه عادة لو حدث خارج اللعب.

٥-ان لايخرج اللاعب حين احداث الضرر بالغير على قواعد اللعبة المتعارف عليها عامدا مريدا ازاء منافسه والا عد مسؤولا عن جريمة عمدية فيما احدثه من الاذى في جسم منافسه . واذا كان خروجه على تلك القواعد خطا واهمالا فهو يكون مسؤولا عما يترتب على فعله من اصابة غير عمدية فاذا لم يتحقق الموجب للعقاب يلزم بالتعويض على فعله الضار الناشئ عن الخطا . واساس مساءلته عن الاصابة هو اعتبارها ناشئة عن اهماله وعدم احتياطه .

وبناءا على ذلك اذا انتهز احد اللاعبين فرصة اللعب واراد ان يشفي حقده من خصمه واحدث به اصابات لا تبيحها اصول اللعبة فيعد ضاربا او جارحا عمدا .

فلسفة اباحة الالعاب الرياضية :

١- يرى المحللون القانونيون وعشاق الالعاب الرياضية من المتفرجين والمحللين الرياضيين ان هذه الفلسفة هي كون الالعاب الرياضية من وسائل تقارب بين الشعوب والامم وبالتالي من شأنها ان تؤدي الى التعاون والتضامن والتكافل في حلول المشاكل السياسية والاقتصادية المشتركة وغيرها فيما بين الدول والشعوب.

٢-انها وسيلة من الوسائل الترفيهية البريئة فكل انسان مكلف باداء واجب من الواجبات في بلده يحتاج الى ساعات يستعيد فيها راحته البدنية ويعيد نشاط تفكيره اثناء عدم ممارسة الاعمال البدنية والفكرية .

ومن الشواهد على ذلك ان الاسباب الرئيسة للدول المتقدمة حضاريا وتكنولوجيا هي تقسيم الساعات اليومية الى اقسام ثلاثة خصص ثلثها للعمل المتواصل والثلث الثاني للراحة البدنية والفكرية والتمتع بما يتمتع به كل انسان في عاداته كما خصص الثلث الاخير للنوم.

٣-الالعاب الرياضية وسيلة من وسائل المحافظة على الصحة البدنية ايا كان نوع الرياضة . ومن البدهي ان هذه الرياضة تختلف باختلاف الاشخاص واعمارهم وامكنتهم وازمنتهم.

رأينا المتواضع في الألعاب الرياضية العامة:

١- كل لعبة رياضية تتوقف ممارستها على استخدام العنف كالمصارعة والملاكمة ونحوهما يجب ان تمنع قانونا على الصعيدين الداخلي والدولي لان الاستعمال الذي يعرض الطرف المنافس للخطر في سلامة جسمه لايمكن ان يحقق مصلحة على هذه المفسدة المتوقعة. ومن القواعد الشرعية والقانونية العامة ان المصلحة والمفسدة اذا تعارضتا في شئ واحد فاذا كانتا متساويتين او كانت المفسدة هي الغالبة يجب ترك هذه المصلحة لدرء المفسدة.

٢-الافراط في كل شئ ولو كان مباحا في حد ذاته عمل مذموم يرفضه العقل السليم والمنطق القانوني.

٣-اغلى ما يملكه الانسان في حياته هو عمره ووقته فهما لا يعوضان اذا أهدرا في عمل لا يقدم للفرد او المجتمع مصلحة حقيقية واقعية مادية كانت او معنوية.

واعتبار مشاهدة المباراة او اية لعبة اخرى في ساعات متوالية مصلحة معنوية من باب المغالطة والسفسطة اذا قيست هذه المصلحة بما يهدر من العمر والوقت الثمينين.

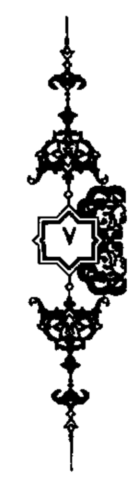
٤-من يتعمق في الباعث الدافع الى الاهتمام الزائد اللامحدود بالالعاب الرياضية من شعوب العالم الثالث والدول النامية يجد ان وراء هذا الدفع اللامعقول طاقة خفية

محركة مدسوسة تعتني بها الماسونية العالمية لصرف انظار الشباب الى ما لا يثمن ولا يغني من جوع .

٥- كثير من الناس ممن تخدر عقولهم بمشاهدة الالعاب الرياضية يهملون واجباتهم الأساسية في سبيل هذه المشاهدة. واذكر على سبيل المثل كان لي زميل في كلية القانون جامعة بغداد خلال الثمانينات يضرب دائما محاضرة تلاميذه بعرض الحائط كلما تعارض وقتها مع وقت مشاهدة المباراة .

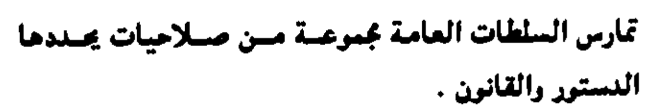
٦-اقول للعراقيين ماذا قدم انتصار العراق في مباراة بطولة اسيا في بداية اب ٢٠٠٧ للشعب العراقي الممزق من التقارب ووضع الحد لسفك دماء تهدر واباحة حرمات تهتك.





الفصل السابع

اداء الواجب



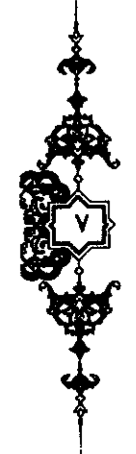
تمارس السلطات العامة مجموعة من صلاحيات يحددها الدستور والقانون .

وفي مباشرة بعض منها مس بحقوق ومصالح الافراد بصورة مباشرة كما في استعمال صلاحيات السلطتين القضائية و التنفيذية او بصورة غير مباشرة كما في صلاحيات السلطة التشريعية وبوجه خاص في التشريعات الجزائية وفي نفس الوقت ان تلك الحقوق التي من شانها ان تمس من قبل هذه السلطات مقررة ايضا بالدستور ومحمية بالقانون فكيف يرفع هذا التناقض .

ثم ان الموظف العام - وبوجه خاص السلطة التنفيذية - من المحتمل ان يجاوز حدود الاختصاص المخول له ليدخل في مجال الحقوق التي تلتزم الدولة بحمايتها وهو يعتقد بانه ما زال في نطاق اختصاصه .

فهل يعد معذورا في هذه الحالة وبالتالي يعفى من المسؤولية الجزائية .

وللاجابة عن هذه الاسئلة توزع دراسة موضوع اداء الواجب على ثلاثة مباحث يخصص الاول لأداء الواجب من السلطة التشريعية العقابية ، والثاني من السلطة القضائية ، والثالث من السلطة التنفيذية .





المبحث الاول
اداء الواجب من السلطة التشريعية العقابية

منذ الخليقة انقسم العالم البشري الى معسكرين : معسكر الخير ومعسكر الشر ولم ينتصر الخير على الشر في يوم من الايام لمجرد كونه خيا كما لم ينهزم الشر امام الخير في عصر من العصور لكونه شرا لذاته .

فاقتضت هذه السنة للحياة البشرية ان يكون في كل زمان ومكان وفي كل مجتمع نظام قانوني يقود المركب المتزاحم المتسارع الى شاطئ الامان والخير الى الاصلاح في نهاية المطاف.

وانبعاثا من هذا الواقع المتضارب المتصارع لحياة الاسر البشرية اختلف منذ القدم المفكرون والفلاسفة في تحديد طبيعة الانسان هل هي شريرة بالذات او خيرة بالذات ؟.

أ- فمنهم من قال ان طبيعة الانسان فطرت على الخير واختياره لسلوك الشر انما ياتي من التاثر بعوامل خارجية وعوارض طارئة على فطرته.

ومن انصار هذا الاتجاه الفيلسوف اليوناني (سقراط) [1]

وقد انتقد هذا الاتجاه بانه مخالف لكثير من المسلمات الفعلية والمالوفات المادية وذلك لان جميع الناس اذا كانوا اخيارا بالطبع فمن علمهم الشر .

فان علمهم بعضهم فهذا البعض شرير فليس الكل اخيارا وان تعلموه من انفسهم لميلهم اليه فالكل اشرار وان وجد لهم الميل الى الخير مادام طابع الشر فيهم هو الغالب .

ب- وذهب الاخرون ومنهم اليسوعيون [2] الى عكس هذا الاتجاه فقالوا : ان فطرة الانسان مطبوعة على الشر فهو شرير بالطبع واتخاذه سلوك الخير انما هو لاسباب خارجة عن ذاته كالتربية البيتية و التوجيه الديني والتاثير الثقافي ونحو ذلك.

---

[1] سقراط (٦٤٩ – ٣٩٣ ق.م) نشأ في اثينا ولم يترك اثرا مكتوبا وانما سجل فلسفته وتعاليمه تلميذه (افلاطون) في محاضراته . و (اكسانوفون) في مذكراته .
وكان سقراط يعتقد انه صاحب الرسالة في الاصلاح .

[2] وهم جمعية تأسست عام (١٥٢٤ م) بزعامة اخباسيوس الاسباني وغايتها التبشير بالمسيحية وتأييد الكنيسة الكاثوليكية .

وهذا الاتجاه تعرض ايضا لانتقادات منها ماهو كانتقاد الاتجاه الاول بانهم اذا كان كلهم اشرارا فمن علمهم الخير ؟ فان علمهم بعضهم فليس الكل اشرارا وان تعلموه من انفسهم لميلهم اليه فكلهم اخيار بالطبع .

ولكن يفند القران الكريم هذين الزعمين وينص على ان الانسان ليس خيرا بالطبع ولا شريرا بالطبع وانما هو حامل لنزعتي الخير والشر في وقت واحد فهو عالم وسط بين عالم الملائكة الذين هم خيرون بالطبع لا يعصون الله ما امرهم ويفعلون ما يؤمرون وبين عالم الحيوان الوحشي الشرس الشرير بالطبع كالذئب والنمر ونحوهما .

ولكن في المحصلة النهائية لحياة كل انسان اما ان تتغلب نزعة الخير على الشر او نزعة الشر على الخير .

فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا[١]، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا[٢] وَتَقْوَاهَا[٣]، قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا[٤]، وَقَدْ خَابَ[٥] مَن دَسَّاهَا[٦]﴾

العوامل التي تدفع الانسان الى محاولة تغليب نزعة الخير فيه على نزعة الشر اهمها ماياتي :

اولا : عامل العنف

كما في حالات الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام الداخلي والدفاع الشرعي العام الخارجي وقد سبق تفصيل هذه العوامل في الفصول السابقة.[٧]

وقد قال سبحانه وتعالى بصدد استعمال هذا العامل : ﴿وَلَوْلاَ دَفْعُ اللّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الأَرْضُ وَلَكِنَّ اللّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾.[٨]

---

[١] أي القدرة التي خلقتها .
[٢] اشارة الى نزعة الشر .
[٣] اشارة الى نزعة الخير .
[٤] أي من يربي نزعة الخير تربية صحيحة يؤدي ذلك الى تغلبها على نزعة الشر .
[٥] وقد خاب أي خسر من دساها بان اتبع نزعة الشر بصورة مستمرة حتى تغلبت على نزعة الخير .
[٦] سورة الشمس / ٧ — ١٠
[٧] في الفصل الرابع والخامس والسادس .
[٨] سورة البقرة / ٢٥١

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ[1] وَبِيَعٌ[2] وَصَلَوَاتٌ[3] وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنصُرَنَّ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾[4]

أي بتغليب قوة الخير على قوة الشر .

ثانيا : عامل الوقاية :

الوقاية المكتسبة من العبادات هي الطاقة الروحية التي يكتسبها الانسان من القيام باداء تلك العبادات التي كلف باداتها كالطاقة المكتسبة من اقامة الصلاة ضد كل فحشاء ومنكر كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾[5]

وكالطاقة الروحية التي يكتسبها الصائم من صيامه تقيه من كل انحراف وسلوك جرمي كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[6]

أي تكتسبون التقوى التي هي طاقة روحية تقربكم الى الله وتبعدكم عن كل سلوك اجرامي .

وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في محله ولا مبرر للتكرار والتفصيل .

ثالثا : عامل العلاج :

وقد قيل قديما وحديثا (الوقاية خير من العلاج) لذا ركزت الشريعة الاسلامية في مكافحة الاجرام على الوقاية التي يكتسبها الانسان من معتقداته وعباداته بخلاف القانون الذي يعتمد على العلاج اكثر من الوقاية وبوجه خاص ان اعتماده على

---

(1) معابد اليهود .
(2) كنائس النصارى
(3) أي معابد تقام فيها الصلوات
(4) سورة الحج / ٤٠ .
(5) سورة العنكبوت / ٤٥ .
(6) سورة البقرة / ١٨٣ .

الوقاية لا يكون الا بعد وقوع الجريمة حيث هناك تدابير احترازية وقائية ضد الجاني سواء كانت بعد انتهاء مدة العقاب او في حالة ايقاف تنفيذ العقاب .

والعلاج عبارة عن العقاب الذي يقرره الشرع الجزائي الاسلامي سواء اكان دنيويا ام اخرويا .

كما تحدده قوانين العقوبات الجزائية وتطبقها السلطة القضائية وتنفذها السلطة التنفيذية كما ياتي في المبحثين القادمين .

ومن الواضح ان السلطة التشريعية العقابية التي تتولى اقرار العقوبات والجزاءات الجنائية وتنظيمها وتحديدها في ضوء خطورة الجريمة والجاني على المجتمع مقترنا هذا التحديد برعاية الظروف البيئية المحيطة بالوقائع الجزائية والظروف الشخصية الخلقية والمقترنة بارتكاب العمل الجرمي وغير ذلك مما هو من صالح المتهم او ضده كلها من صنع السلطة التشريعية الجزائية الزمنية فهي تتولى هذه الصنيعة بمقتضى الدستور .

فالعقوبة رغم انها تمس مصلحة الجاني الشخصية كما تمس اسرته ومجتمعه بالاذى والضرر الا انها مباحة باتفاق الشرائع الالهية والقوانين الوضعية اذا تحققت شروطها وانتفت موانعها .

فالعقوبات تعد شرعا وقانونا علاجا لاصلاح الجاني وردعا خاصا يمنعه من العودة الى السلوك الجرمي وردعا عاما يمنع الغير من الاقتداء به .

وفي المحصلة النهائية تكون العقوبات قانونية ام دينية ، دنيوية ام اخروية تحمي حقوق الناس الى حد كبير من الاعتداءات الاثمة .

وبناء على ذلك تعد اعمال السلطة التشريعية من اسباب الاباحة فلا يسأل فاعلها لا جزائيا ولا مدنيا اذا كان العمل دستوريا .

كما لايسأل اعضاء لجنة اعداد مشروع كل قانون جزائي فيما يقومون به بناء على القاعدة العامة التي تقضي بان كل من يقدم العون والتسهيلات لمن يقوم باعمال مباحة يعد عمله ايضا مباحا .

المبحث الثاني
اعمال السلطة القضائية

تتولى السلطة القضائية القيام بالنظر في القضايا الجزائية التي ترفع اليها للبت فيها والوصول الى النتيجة وهي اما ادانة المتهم او الحكم ببراءته بحسب ما يقتنع به القاضي معتمدا في كسب المجهول (تحقيق العدالة) من المعلومات المتوفرة لديه المسموعة كافادات الشهود ومطالعات هيئة الادعاء العام والمقروءة من تقارير المحقق العدلي (او المحقق القضائي) والطب العدلي ونحو ذلك ، والمرئية من مشاهدات الاثار الجرمية وغيرها.

وجدير بالذكر ان فلسفة تشريع القانون من السلطة التشريعية اقرار الحقوق وحمايتها وتحديد الالتزامات وجزاء الاخلال بها ، اما فلسفة الاعمال القضائية فهي تحقيق العدالة (اعطاء كل ذي حق ما يستحقه) وتثبيت المساواة (التوازن بين الحقوق والالتزامات) .

فكل من يحصل على حقوق اكثر من التزاماته يعد ظالما وغاصبا لحقوق شعبه وافراد مجتمعه ، وكل من يكلف بالتزامات تزيد على حقوقه يكون مغبونا ومظلوما من المجتمع او الدولة التي تمثله ما لم يكن هذا الملتزم متطوعا في القيام بتلك الزيادات .

كما ان فلسفة السلطة التنفيذية عبارة عن اصلاح الجاني والاهتمام بالسجون وتحويلها الى المدارس الاصلاحية بتعليم المسجون والمحكوم عليه وتدريبه على اكتساب المهن والحرف والثقافة ونحو ذلك حتى يصبح شخصا صالحا في مجتمعه بعد إنتهاء مدة محكوميته واما السجون بوضعها الحالي فانها تجعل المجرم العادي مجرما معتادا ويصبح حاقدا حتى على نفسه لان عملية السجن في العصر الحاضر لا تختلف كثيرا عن السجون في العصور المظلمة المنصرمة وفي القرون الوسطى .

وجدير بالذكر ان اعمال القضاء كلها مباحة ما لم تقترن بتقصير او اهمال او انحياز على حساب العدالة .

لانها من الواجبات التي يفرضها الدستور والقانون في كل بلد من بلاد العالم فلا يسأل القائم بتلك الاعمال القضائية لا جزائيا ولا مدنيا الا عن خطأ ارتكبه متعمدا وذلك للتنافي بين المسؤولية واداء الواجب .

فكل جزاء من العقاب البدني او التعويض المالي حين يحكم بـه القاضـي يكـون مؤديـا لواجب يفرضه عليه الدستور والقانون وبالتالي يعد من اسباب الاباحة .

فواجب القاضي في كل زمان ومكان تحقيق العدالة والمساواة والعدالة من حيـث الماهيـة حقيقية وليست نسبية كما زعم كثير من علماء القانون لان ماهيتها اعطاء كل شخص مـا يستحقه من ثواب او عقاب .

ولكن من حيث التطبيق قد تكون العدالة نسبية فاذا حكم القاضي على شخص بـاكثر ما يستحقه من المكافأة او باقل من استحقاقه في العقـاب وكـان القاضـي يملـك السـلطة التقديرية في تلك الزيادة وهذا النقص تكون العدالة نسبية في نظر علمـاء القـانون غـير ان هذه الصنيعة من القاضي لا يسميه القران الكريم عدالة وانما يطلق عليه تعبيرا اخـر وهـو (الاحسان) كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾.

المبحث الثالث
اعمال السلطة التنفيذية

اعمال السلطة التنفيذية وممارستها لصلاحيتها في حدود القانون اداء لواجب يفرضه الدستور والقانون وتتطلبه العدالة اذا كان المنفذ موظفا او مكلفاً بخدمة عامة بصورة دائمة او وقتية مقابل مرتب او بدونه .

وتعد اعمال السلطة التنفيذية من اسباب الاباحة فلا يسأل المنفذ لا جزائيا ولا مدنيا إذا توافرت حين عملية التنفيذ الشروط الاتية :-

اولا : ان يكون العمل صادرا ممن ينطبق عليه صفة الموظف العام او المكلف بخدمة عامة تنفيذية لما تأمر به القوانين او بأمر رئيس تكون طاعته واجبة ولو كان ذلك حسب اعتقاد المنفذ .

وجدير بالذكر ان قوانين العقوبات [1] لم تتطرق – حسب ما نعلم – لتعريف الموظف العام على اساس ان يكون تعريف المصطلحات القانونية من وظيفة الفقيه القانوني دون القانون نفسه .

وقد عني بتعريفه القضاء وعلى سبيل المثل عرفت محكمة النقض المصرية [2] الموظف العام بانه: (من يتولى قدرا من السلطة العامة بصفة دائمة أو مؤقتة وتمنح له هذه الصفة بمقتضى القوانين او اللوائح سواء اكان يتقاضى مرتبا من الخزانة العامة ام لا).

ويؤخذ من هذا التعريف انه يشترط لاعتبار شخص موظفا عاما ان يساهم مساهمة فعلية – ولو كانت بدون رضاه – في خدمة مرفق عام تديره الدولة ولو كانت هذه المساهمة تطوعا منه لا يتقاضى لقاءها مرتبا .

---

[1] بخلاف القانون الاداري .

[2] ينظر د.محمود نجيب – المرجع السابق ص ١٧٣ .

ثانيا : ان يتمتع المنفذ بسلطة تقديرية . وجدير بالذكر ان القانون الاداري يحتوي على الجانب الاكبر من السلطات التقديرية ، كما يخول قانون اصول المحاكمات الجزائية في كل بلد سلطات تقديرية لاعضاء الضبط القضائي وهيئة نواب الادعاء العام في اجراءات التحريات والقبض على المتهمين وتفتيش منازلهم ونحو ذلك .

ثالثا : ان يكون هناك سبب مشروع محقق يبرر استعمال السلطة التقديرية لان العمل الذي يقوم به الموظف ليس مشروعا في حد ذاته حيث يمس حق الغير بالاذى فلا يكون مشروعا ولا مباحا ما لم يستند الى سبب شرعي وقانوني يبرره لرعاية المصلحة العامة التي تتعارض مع المصلحة الخاصة للمتهم في هذه المجالات لذا تقدم الاولى على الثانية .

رابعا : ان يكون العمل الذي تتمثل فيه مباشرة السلطة التنفيذية مطابقا لاوضاع القانون من حيث الشكل والموضوع .

خامسا : ان يقصد الموظف في عمله تحقيق غاية يستمد منها القانون في تخويل السلطة أي تجب ان تكون الغاية مشروعة حتى تكون الوسيلة مشروعة تبعا لها .

وجدير بالذكر ان هذا الشرط من العناصر المعنوية في القانون فيجب ان تنصرف ارادة الموظف الى تحقيق هذا الغرض .

وجملة الكلام يجب ان يكون الموظف حسن النية ينوي تحقيق غاية القانون ، وغاية القانون من اباحة القبض على الجناة تامين عدم فرارهم ، والغاية من دخول منزل او محل اثر استغاثة عاجلة تامين حماية الحياة للمستغيثين .

وجدير بالذكر ان حسن النية لا يكون محققا اذا كان الفاعل مغتصبا لسلطة غيره فالمحقق او ضابط الشرطة او مأمور المركز الذي يصدر امرا بهدم جدار المنزل او محل من المحلات التي لا يمكنه الاحتجاج بحسن النية لان امرا كهذا لا صلة له بواجباته حتى يصح له حين يتجاوز فيه حدود هذه الواجبات أن يحتج بحسن نيته .

سادسا : مطابقة العمل للقانون بان يكون العمل داخلا في اختصاص وظيفته التنفيذية او يعتقد ذلك وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة أي ثبوت ان الموظف او المكلف بخدمة عامة قد بذل عند اتيان فعله عناية الشخص المعتاد لو وجد في نفس ظروف الفاعل .

وجدير بالذكر ان الاختصاص في القانون العام يقابل الاهلية في القانون الخاص فيجب على الموظف المأذون ان لا يتجاوز الاذن ، فالاذن بتفتيش منزل لا يبيح تفتيش صاحب المنزل ، والاذن بتفتيش صاحبه لا يبيح القبض عليه .

ومن كلف بمنع المظاهرات ولو بالقوة لحفظ الامن والسكينة العامة لا يكون مبررا لاستخدام العنف الذي قد يقصد به اشباع شهوة الانتقام او تحقيق مصلحة حزبية .

سابعا : اتخاذ الحيطة اللازمة حيث لا يكفي لاعفاء الموظف من المسؤولية ان يكون حسن النية بان لا يقصد الاضرار بالغير وان تكون الاسباب التي دفعته الى القيام بالعمل اسباباً معقولة فحسب مالم يكن قد اتخذ الحيطة اللازمة عند مباشرته له لان عمله في هذه الحالة غير مشروع وعمل غير قانوني لما فيه من الاعتداء على مصالح الافراد و حقوقهم.

وفي ختام هذا المبحث اود ان اشير الى نقطتين :-

احداهما :- بيان خطأ وقع فيه المشرع العراقي حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (٤١) من قانون العقوبات القائم [1] على ان (اعمال العنف التي تقع على من يرتكب جناية او جنحة مشهودة بقصد جنحة) من باب استعمال الحق مع انه من انواع اداء الواجب كما هو واضح لكل من له ادنى المام بطبيعة الاعمال التي تدخل في اسباب الاباحة . [2]

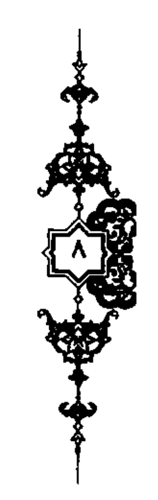
والثانية :- ارى ان احكام اداء الواجب في القانون تسري على اعمال الحسبة (الامر بالمعروف والنهي عن المنكر) للعلة المشتركة وهي حماية المصالح العامة وذلك اذا روعيت في هذه الحسبة اركانها وشروطها كما سبق تفصيل هذا الموضوع في محله .

---

[1] رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

[2] في موضوع شروط اباحة الاعمال السلطة التنفيذية يراجع المراجع الاتية :
شرح قانون العقوبات – القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٦٩ وما يليها ، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٢٠٣ وما يليها ، مبادىء القسم العام من التشريع القضائي للدكتور رؤف عبيد ص ٥١٥ وما يليها ، شرح على متون النصوص الجزائية للاستاذ محسن ناجي ص ١٩٨ وما يليها





الفصل الثامن

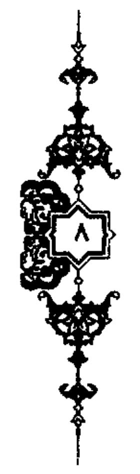
مدى مشروعية الاعمال الطبية

المراد بالأعمال الطبية مـا لا يـتم إلا بتـدخل الأطباء المختصين، ولكثرة هذه الأعمال وعدم وجود ضوابطها، نقتصر في هذا الفصـل علـى دراسة ثلاثـة موضـوعات رئيسـة، في ثلاثـة مـباحث:

يُخصـص الأول لأسـس مشـروعية الأعمـال الطبية.

والثاني لمـدى مشـروعية بـتر وزرع الأعضـاء البشرية.

والثالث لحكم تشريح الميت وفلسفته.





المبحث الأول
اسس مشروعية الأعمال الطبية

من البدهي ان تطور الحياة أدى إلى اكتشافات علمية ومستجدات طبية وهي تنتظر احكامها من اجتهادات العلماء المختصين.

ومن العبث التفتيش عن تلك الاحكام في المدونات الفقهية القديمة، لان هذه المستجدات لم تكن موجودة في عصور ائمة الفقه (رحمهم الله) حتى يبحثوا عن احكامها عن طريق اجتهاداتهم.

كذلك من الواضح ان القرآن الكريم دستور الهي اخير معدل للدساتير الالهية السابقة،[1] فكما ان وظيفة الدساتير الوضعية في دول العالم هي التخطيط والتصميم لتنظيم الحياة والاقتصار على القواعد الكلية والمبادئ العامة، وتخويل السلطة التشريعية تشريع قوانين يعالج كل واحد منها جانبا معينا من متطلبات الحياة على ان لا تتعارض تلك القوانين مع القواعد الدستورية.

كذلك الدستور الالهي للمجتمع البشري لم يتناول الجزئيات ولم يدخل في التفصيلات، وانما اقتصر على القواعد الكلية وخول العقول البشرية ارجاع الجزئيات في كل زمان ومكان إلى تلك الكليات في ضوء مستلزمات الحياة.

ووضع للانسان دائرة من الاخلاق وامر في أكثر من (٥٠) آية قرآنية بتحرك العقل البشري حسب متطلبات الحياة في كل عصر وفي كل مكان وتطويرها نحو الافضل في جميع المجالات، شريطة ان يكون هذا التحرك العقلي داخل تلك الدائرة الاخلاقية.

وان يستمر العقل على تغيير الاحكام المبنية على المصالح البشرية، كلما تغيرت هذه المصالح، كما تقضي بذلك القاعدة الشرعية العامة المتفق عليها (لا ينكر تغير الاحكام

---

[1] فأقر من الاحكام ما هو ثابت لا يتغير بتغير الازمان والامكنة، والغى (نسخ) ما عداها كما جاء بأمهات الاحكام الجديدة التي تتناسب مع سعادة الاسرة البشرية ما دامت الحياة باقية على كوكب الارض.

بتغير الازمان)،[١] فهي لا تشمل الاحكـام الاعتقاديـة ولا احكـام العبـادات، ولا الاحكـام المدلول عليها بنصوص قرآنية دلالة قطعية[٢].

وبناءً على هذه الحقائق فانه كل ما يتعلق بحياة الانسان الدنيوية المبني على المصالح المشروعة البشرية تتغير احكامها بتغير تلك المصالح وتطور الحياة.

وان احكام الاعمال الطبية الحديثة وما يحدث في المستقبل، تستنتج إمـا مـن القواعـد النصية الكلية العامة من نصوص القـرآن والسـنة النبويـة الثابتـة، وإمـا مـن القواعـد الاجتهادية في حالة غياب القاعدة النصية.

ومن القواعد الشرعية النصية العامة من القرآن الكريم: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[٣].

ومن القواعد النصية في السنة النبوية ((لا ضرر ولا ضرار)).

لا ضرر: أي لا يجوز الحاق الضرر بالغير بدون مبرر شرعي.

ولا ضرار: أي الضرر لا يزال بالضرر.

ومن اقواله الدالة على وجوب التداوي قوله ((تداووا عباد الله فـان الله لم يضـع داءً الا وضع له دواء الا الهرم))[٤].

ومنها قولهﷺ ((من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفـس الله عنـه كربـة مـن كرب يوم القيامة))[٥].

من القواعد الاجتهادية المتفق عليها الواردة في مقدمة مجلة الاحكام العدلية ما يلي:

١ـ الضرر يزال (م٢٠).

٢ـ الضرورات تجيز المحظورات (م٢١)[٦].

---

[١] المادة (٣٩) من مجلة الاحكام العدلية.

[٢] كما في قوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) (سـورة النسـاء: ١١). فهـذا الحكم لا يقبل التعديل بالاجتهاد لانه منصوص عليه بدلالة قطعية وبنص قطعي الثبوت.

[٣] سورة البقرة: ١٧٣.

[٤] سنن ابن ماجه ٢/١١٣٧ رقم الحديث (٣٤٣٦).

[٥] صحيح مسلم ٤/٢٠٧٤.

[٦] اصل القاعدة المشهورة (الضرورات تبيح المحظورات) لكن هـذا خطـأ شـائع لان الضـرورة مـن موانـع المسؤلية الجنائية وليست من أسباب الإباحة فلا ترفع المسؤلية البدنية.فالصواب (تجيـز) بـدلا مـن(

٣ـ الضرورات تقدر بقدرها أي يجب الاقتصار على قدر الحاجة لرفع الضرورة.
٤ـ الضرر لا يزال بمثله (م٢٥).
٥ـ يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام (م٢٦).
٦ـ الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف (م٢٧).
٧ـ إذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما (م٢٨).
٨ـ يختار اهون الشرين (م٢٩)[١]
٩ـ درأ المفاسد أولى من جلب المنافع (م٣٠).
١٠ـ إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة تقدم الأولى على الثانية.
١١ـ إذا تعارضت مصلحة محققة مع مصلحة احتمالية تقدم الأولى على الثانية.
١٢ـ الضرر يدفع بقدر الامكان (م٣١).
١٣ـ الحاجة تنزل منزل الضرورة عامة أو خاصة (م٣٢).
١٤ـ الاضطرار لا يبطل حق الغير (م٣٣).
١٥ـ ما يتوقف عليه الواجب واجب.
١٦ـ كل ما فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما، أو كان نفعه أكثر من ضرره، فهو جائز إذا لم يكن هذا النفع على حساب ضرر الغير.
١٧ـ كل ما فيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما، أو كان ضرره أكثر من نفعه، فهو محظور ما لم يترتب على هذا الضرر نفع عام[٢].

وجدير بالذكر ان معيار التمييز بين النفع والضرر في هاتين القاعدتين يجب ان يكون موضوعيا وفق ميزان الشريعة الإسلامية والنظام العام، فلا يُعتد بالمعيار الشخصي.

تبيح) والجواز في حالة الضرورة يكون رخصة فمن اكل مال الغير تحت ضغط الاضطرار يجب عليه التعويض لان الاضطرار لا يبطل حق الغير في التعويض.

[١] هذه القاعدة تفيد نفس مضمون القاعدة التي قبلها ومن تطبيقاتها:
الإجهاض لغرض انقاذ حياة أم الجنين، وقطع العضو المصاب بالسرطان لدفع انتشاره.

[٢] فعقاب الجاني فيه ضرره وضرر اسرته لكنه مباح لما يترتب عليه توفير الامن وحماية حياة الابرياء واموالهم واعراضهم.
وهاتان القاعدتان الاخيرتان من استنتاجي استنبطتهما من روح الشريعة الإسلامية ومن العقل السليم الذي جعله الله مناطا لتكليف الانسان باحكامه.

المبحث الثاني
مدى مشروعية
بتر وزرع الأعضاء البشرية

الشقوقات المتصورة لبتر وزرع الأعضاء البشرية هي:

أما ان تكون تلك الأعضاء صناعية مصنوعة من الجمادات كزرع عضو مصنوع من مادة البلاتين والصفائح مثلا في جسد انسان، كما في حالات الكسور وغيرها، واما ان تكون مأخوذة من الكائنات الحية، وهذه الكائنات اما حيوان أو انسان، والحيوان اما ان يؤكل لحمه او لا، وفي الحالتين اما ان يكون حيا أو ميتا، أو في حكم الميت كالمحكوم عليه بالاعدام.

وفي حالة الحياة اما ان يُزرع العضو في نفس الشخص المأخوذ منه أو في جسد انسان آخر.

وفيما يلي احكام هذه الشقوقات:

أولا: إذا كانت الأعضاء مصنوعة من الجمادات من المعادن وغيرها كالبلاتين ونحوه فالزرع مباح في جسد أي انسان يحتاج إلى هذا الزرع لانه عمل نافع ينقذ حياة انسان أو يحافظ على سلامة جسده أو جماله وليس في هذا الزرع أي ضرر يلحق بالغير بسببه لذا يعد مباحا شرعا وقانونا.

لكن بشرط ان تقوم بهذه العملية جماعة من الاطباء المختصين وان تتخذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع المضاعفات المضرة والتداعيات السلبية.

ثانيا: إذا كانت الأعضاء مأخوذة من كائن حي غير الانسان فالامر لا يخلو من احدى الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى هي ان يكون الحيوان مما يباح اكله بعد الذبح فعندئذ بتر عضو منه وزرعه في جسد انسان بحاجة إليه في صورة كون الحيوان لا يزال حيا أو بعد ذبحه عمل مباح ومشروع قياسا على حل اكله.

اما إذا كان ميتة فان كان العضو المأخوذ منه عظما أو لحما أو ما في حكمهما

كالقرن والسن فان الحكم أيضا الإباحة لانه لا يحكم على هذا العضو بالنجاسة.
وإذا لم يكن عظما ولا ما في حكمه فلا يباح الزرع ما لم تقوم ضرورة كانقاذ الحياة أو حماية السلامة أو ارجاع الجمال إلى ما كان عليه من صنع الله، لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد[1] فلا اثم عليه)
وغير ذلك من الآيات القرآنية التي اجازت المحظورات في حالات الضرورات.

الحالة الثانية: ان يكون الحيوان مما لا يباح اكله فعندئذ لا يجوز زرع أي عضو منه حيا أو ميتا في جسد الانسان في حالات السعة أو وجود البديل قياسا على تحريم اكله.
اما في حالة قيام حاجة ضرورية لانقاذ الحياة أو سلامة الجسم فان الحكم هو الجواز للآية المذكورة، ولقول الرسول ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) ولقاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة) مع رعاية قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها).

ثالثا: إذا كانت الأعضاء مأخوذة من انسان حي فالاحتمالات المتصورة هي الآتية:

أ ـ إذا كان العضو يؤخذ من جسم انسان يزرع في نفس الجسم كأخذ قطعة من جلده في مكان ليرقع به مكان آخر للحفاظ على الجمال الالهي أو أخذ الوريد من الساق لزرعه في القلب أو ما شابه ذلك فان الحكم هو الإباحة لعدم وجود مانع شرعا وقانونا.
ولقيام النفع وعدم وجود ضرر داخلي أو خارجي وبوجه خاص إذا كان في هذا العمل انقاذ الحياة أو الحفاظ على السلامة الجسدية أو استعادة الجمال الذي تشوه بحادث عارضي.

ب ـ إذا كان الهدف بتر عضو انسان لزرعه في جسد انسان آخر يكون حكمه الشرعي والقانوني وفق الضوابط الآتية:

أ/ إذا لم يكن لهذا العضو نظير يقوم بوظيفته بعد البتر كالقلب والطحال والمرارة وغير ذلك فان الحكم هو عدم الجواز مطلقا سواء رضي صاحب العضو أو لا لسببين:
أحدهما ان حياة كل انسان ليست ملكا خاصا له حتى يحق له التنازل لان هذا البتر ينهي حياته فهو بمثابة الانتحار، والانتحار بصورة مباشرة أو غير

---

[1] لم يكن متجاوزا عن حد الضرورة لان الضرورات تقدر بقدرها.

مباشرة محرم شرعا وقانونا ومخالف للنظام العام.

والسبب الثاني عدم وجود المفاضلة بين انسان وآخر حتى ينقل عضو المفضل عليه إلى جسد المفضل، ويضحى بحياة الأول في سبيل انقاذ حياة الثاني.

ولان القاعدة الشرعية والقانونية تقضي بانه لا يزال الضرر بالضرر.

وجدير بالذكر ان البتر بعد الوفاة لا يشترط فيه ان يكون للعضو نظير يقوم بوظيفة ما يبتر لان علة هذا الشرط هي حماية حياة المتبرع والحياة غير باقية والقاعدة الشرعية العامة تقضي بان (الحكم يدور مع علته وجودا وعدما)[1].

ب/ إذا كان للعضو نظير في الجسم يقوم مقامه باداء وظيفته كالكلية فان الحكم هو الجواز بالشروط الآتية:

١ـ ان تكون هناك ضرورة تدعو إلى البتر والزرع وان لا يوجد بديل لان العمل في حد ذاته وفي الظروف الاعتيادية غير مشروع اجيز استثناءً لمصلحة المريض عملا بقاعدة الضرورات تجيز المحظورات[2].

٢ـ ان يكون البتر بقدر الحاجة الضرورية لان الضرورات تقدر بقدرها.

٣ـ ان يتم التنازل عن العضو من صاحبه برضاه وهو بالغ عاقل مختار واهل للتبرع.

٤ـ ان يؤخذ رضاء المريض أو وليه أو وصيه لكن في حالة الضرورة وتعرض المريض لخطر الموت أو الاصابة بعاهة مستديمة يحق للطبيب المختص ان يتدخل دون انتظار هذا الرضا فيجوز اجبار المريض على العلاج في حالات

---

[1] هذا الجواز الشرعي أقرته القوانين الحديثة منها قانون الانتفاع بالعيون للاغراض الطبية الاردني (٤٣) لسنة ١٩٥٦ المادة الثانية التي تنص على ان (لكل من كانت جثة في حيازته بوجه مشروع ان يأذن باستئصال قرنيتي العينين منها خلال ثلاث ساعات من وقت الوفاة بهدف زرعهما لمريض بحاجة ماسة اليها أو لغرض حفظها في مصرف العيون لحين ظهور الحاجة اليهما)
وهذا بشرط عدم ثبوت ما يدل على عدم موافقة المتوفى في حياته على ذلك وعدم معارضة ذو العلاقة بعده وان يقوم بالعملية الطبيب المختص.

[2] وقد نص قانون زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ على هذا الشرط في مادته الأولى التي نصها (يجوز اجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياته).

الضرورة وقيام الخطر لانه يكفي للجواز وجود إذن الشارع وهو موجـود في حالة الضرورة وقيام الخطورة.

٥ـ ان لا يكون هناك أي خطـر علـى صـاحب العضـو أو سـلامته في الظـن الغالب لدى اللجنة الطبية المختصة التي تتولى القيام بالعمليـة للقاعـدة الشرعية والقانونية التي تقضي بان الضرر لا يزال بمثله[1].

٦ـ ان تتم عملية البتر والزرع من قبل لجنة طبية مختصة بعـد فحـص المـريض والتأكد من عدم الخطورة على حياة المتبرع[2].

٧ـ ان تتخذ كافة الإجـراءات اللازمـة لمنـع المضـاعفات السـلبية وان تجـرى العملية في مستشفى خاصة تتوافر فيها الاجهـزة الحديثـة مـن شـأنها ان تكون عاملا مساعدا لنجاح العملية للقاعدة الاولية (ما يتوقـف عليـه الواجب واجب)[3].

٨ـ ان لا يكون هناك بديل آخر مشروع لان البتر خلاف الأصل ولا يصار إليـه الا في الظروف الضرورية الاستثنائية.

٩ـ ان يكون الباعث الدافع إلى عملية البتر والزرع هو شفاء المـريض وانقـاذ حياته أو الحفاظ على سلامة جسده.

وجدير بالذكر ان التزام الطبيب في العلاج بتحقيـق الشـفاء التـزام ببـذل العناية لا بتحقيق الغاية لان جميع مستلزمات هذه الغايـة غـير خاضـعة لإرادة الطبيب فاذا لم تنجح العملية ولم يتحقق الغرض لا تترتب على ذلـك

---

[1] لكن في بعض القوانين إذا توافر رضاء المتبرع وهو بالغ عاقل يجوز الزرع والبتر رغم قيام الخطر علـى حياة المتبرع كما نص على ذلك قانون العقوبات الايطالي في المادة (٥٠) (لا عقاب على من يتعدى على حق الغير أو يجعله في خطر إذا حصـل ذلـك برضـاء صـاحب الحق وكـان مـن الجـائز التصـرف بالحق).

[2] وقد نص على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون غرس الأعضاء البشرية السوري رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٢ (تقوم لجنة اطباء مؤلفة من ثلاثة أطباء بفحص المتبرع وتقدير ما ان كـان الترخص بنقل العضو من جسمه لا يشكل خطرا على حياته).

[3] وبصدد هذا الشرط نصت المادة (٤) من قانون مصارف العيون العراقي على (ان تتم عمليـات نقـل العيون في مستشفى الرمد (ابن الهيثم حاليا) أو في مستشفى الجمهوري (مدينة الطب حاليا) أو في مستشفى أخرى تحدد بتعليمات يصدرها وزير الصحة).

مسؤولية الطبيب لا جنائيا ولا مدنيا ما لم يثبت قصوره أو اهماله.

١٠- ان لا يكون تنازل صاحب العضو مقابل عوض[1] بل يجب ان يكون تبرعا للاسباب الآتية:

أ - في المعاوضة نوع من الاهانة بالانسان ومس لكرامته التي منحها الله اياه كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[2].

ب - الأعضاء البشرية ليست اموالا قابلة للتعامل ومن شروط صحة المعاوضات شرعا وقانونا ان يكون كل من العوضين قابلا للتعامل.

ج - سد الذرائع بمنع وسيلة من شانها ان تؤدي إلى نتيجة غير مشروعة بفتح الباب امام الناس للتجارة بالاعضاء البشرية.

وتؤيد هذه الحقيقة دعوة منظمة الصحة العالمية لهيئة الأمم المتحدة إلى حظر بيع الأعضاء البشرية والكف عنه نظراً لما شاع من استغلال شنيع للمتاجرة بها وتصديرها من دولة إلى دولة أخرى واتخاذها وسيلة للكسب وبصورة خاصة في الدول الفقيرة التي يجد فيها هؤلاء التجار اللاأخلاقيون سوقا رخيصة لبيع الأعضاء ثم تصديرها إلى المستشفيات العالمية فالمنع عن طريق المعاوضة مبدأ استقر عليه الشرع والقانون والاتجاه الدولي.

لكن لا يوجد مانع شرعي أو قانوني من قيام المتبرع له برد الجميل وتقديم خدمة مالية أو بدنية للمتبرع بعضوه له وتستثنى من قاعدة المنع عن طريق المعاوضة شرعا وقانونا حالة الضرورة فلو توقف انقاذ حياة المريض على زرع هذا العضو ولم يكن بالامكان حصوله من مصدر آخر عن طريق التبرع واصر صاحب العضو على عدم الموافقة الا عن طريق المعاوضة فان الحكم يتحول من المنع والحظر إلى الجواز عملا بقاعدة الضرورات تجيز

---

[1] تنص المادة الثالثة من قانون عمليات زرع الأعضاء العراقي على انه (يمنع بيع وشراء الأعضاء باي وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من اجراء العملية عند العلم بذلك) ويطابقه قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٥م٦.

[2] سورة الاسراء: ٧٠.

المحظورات.

١١ـ ان تتحمل حالة المريض الصحية لاجراء العملية[1].

رابعا: إذا كان العضو يؤخذ من انسان ميت ليزرع في جسم انسان حي فيشترط لجوازه شرعا وقانونا توافر الشروط الآتية:

١ـ ان تكون الوفاة ثابتة بتقرير طبي.

٢ـ ان تكون هناك ضرورة تدعو إلى اخذ عضو من هذا الانسان الميت لغرض زرعه في جسد انسان حي.

٣ـ ان لا يكون العضو مما يؤدي إلى اختلاط النسب ونقل موروثات عن الشخص الأول إلى الشخص الثاني كالمبيض والخصية.

٤ـ موافقة ذوي الشأن أي موافقة المريض قبل وفاته إذا كان واعيا واهلا للتبرع وموافقة اهله بعد مماته.

٥ـ عدم العبث بجسد الميت وعدم التوسع في انتزاع أعضائه لان اصل النقل محظور أجيز استثناءً للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

خامسا: استقطاع الأعضاء ممن هو في حكم الميت كما في حالة موت الدماغ.

ومن المعروف ان الدماغ يتكون من ثلاثة اجزاء وهي:

١ـ المخ وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس.

٢ـ المخيخ ويتلفظ (المُخيخ): وظيفته توازن الجسم.

٣ـ جزع المخ وهو المركز الاساس للتنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية.

ومن المعروف أيضا إذا مات المخ أو المُخيخ من اجزاء الدماغ امكن للانسان ان يحيا حياة غير اعتيادية وهي ما تسمى الحياة النباتية أو مرحلة ما بعد الإغماء.

اما موت جذع الدماغ فالرأي السائد عند أكثر الاطباء المختصين انه نهاية للحياة حيث يتوقف القلب والنفس تماماً بعد رفع آلة جهاز الإنعاش.

---

[1] وقد نصت الفقرة (٤) من المادة الأولى من قانون الآداب الطبية رقم (٢٨٨) والمنشور في الجريدة الرسمية العدد (٩) في ١٩٩٤/٣/٣ على الشرطين العاشر والحادي عشر كالآتي

(٤ـ ان يكون اعطاء الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة.

ولا يجوز اجراء العملية لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك أو في حال احتمال تهديد صحته بخطر جديد من جرائه.

حكم الاستقطاع ممن هو في حكم الميت قبل الموت النهائي:

الحكم هو عدم الجواز لسببين:

احدهما: الموت في الشريعة الإسلامية مفارقة الروح البدن فهذا لا يتحقق في هذه الحالة فهو لا يزال مالكا لاعضائه وامواله وزوجا لزوجته فلا يجوز توزيع تركته ولا تبدأ زوجته بالعدة ولا تتزوج مهما طالت هذه الحالة.

والثاني: ما دام الاستقطاع يمس كرامة الانسان فلا يجوز الا بأذن صاحبه أو ورثته فاذنه لا يعتد به لانه عديم الوعي وبالتالي عديم الأهلية كما لا يعتد بأذن ورثته لأنهم لا يملكون التصرف في امواله فكيف يملكون التصرف في أعضائه.

وهنا سؤال يطرح نفسه على بساط البحث وهو انه إذا مات الدماغ ولكن القلب لا يزال يعمل بالجهاز الصناعي هل يجوز رفعه؟

الجواب هو الآتي:

١- يجوز رفعه إذا استعاد المريض صحته بارادة الهية لان الله على كل شيء قدير وإذا رفع قبل ذلك يعتبر الرفع بدون مبرر قتلا بالتسبب.

٢- رفعه لاجل انقاذ حياة مريض آخر غير جائز قبل التأكد من موته لعدم الفرق بين انسان وآخر لان حياة كليهما محتمية بالشرع والقانون.

٣- في حالة اليأس من الشفاء بقرار من اللجنة الطبية المختصة وكان هناك مريض آخر يتوقف انقاذ حياته على هذا الجهاز ولا يوجد جهاز آخر مثله يجوز ان يرفع من قبل الطبيب المختص بناءاً على القاعدة الشرعية والقانونية (إذا تعارضت مصلحتان احداهما محققة والاخرى احتمالية تقدم الأولى)[1].

حكم استقطاع العضو من المحكوم عليه بالاعدام:

من حكم عليه بالاعدام لسبب شرعي وقانوني موجب لذلك وتم تصديق رئيس الدولة على الحكم وقرر يوم محدد لتنفيذ الحكم فلا يجوز قطع أي عضو من أعضائه ولو قبل

---

[1] ومن تطبيقات هذه القاعدة جواز الحكم بوفاة المفقود لمصلحة الزوجة المحققة رغم تعارضها مع مصلحة الزوج المفقود لاحتمال بقائه على قيد الحياة لان هذه المصلحة احتمالية وكذلك يجوز اجهاض الجنين لانقاذ حياة الام لان مصلحة حياة الام محققة ومصلحة حياة الجنين احتمالية.

التنفيذ بلحظات الا بموافقته الصريحة تحريرياً على أساس الوصية لهذا العضو لانه تجوز الوصية في غير الأموال ولو كان العضو من الأعضاء غير الرئيسة رغم كونه من الأموات حكماً وذلك لان المحكوم عليه إذا أهدر حياته بارتكاب جريمة موجبة لذلك فانه لم يهدر كرامته التي منحها الله اياه.

فاحتراما لهذه الكرامة لا يجوز بتر أي عضو منه الا بموافقته الصريحة على ان يكون حين الموافقة بالغا عاقلا واعيا مختارا غير مجبر على الموافقة.

الوصية بالأعضاء البشرية:

في الشريعة الإسلامية تجوز الوصية بمال أو غير مال إذا توافرت الشروط الشرعية للوصية بان يكون الموصي اهلا للتبرع والموصى به مشروعا والموصى له يكون اهلا للوصية. وتشترط القوانين[1] الشكلية لهذه الوصية من حيث الاثبات لا من حيث الصحة.

حكم نقل الدم من جسد شخص إلى شخص آخر:

الحكم هو الإباحة بالشروط الآتية:

١ـ موافقة صاحب الدم وهو اهل للتبرع.

٢ـ فحص الدم مقدما وصلاحيته للنقل إلى جسد المريض المحتاج إليه.

٣ـ ان يكون بدون مقابل الا في حالات لا يمكن الحصول عليه الا بمقابل.

٤ـ قيام الحاجة الضرورية إليه.

٥ـ ان لا يكون دما مسفوحا. والمسفوح هو الدم الذي يخرج من مكانه المستقر فيه ويتعرض للهواء. لانه ثبت في الطب الحديث ان الدم يعتبر اخصب وسط لنمو الجراثيم إضافة إلى انه يحمل افرازات سامة. ويكون مباحا إذا لم يكن مسفوحا بان يتعاطاه الانسان مع اللحم أو العظم أو بان يسحب من جسم شخص إلى قنينة ومنها إلى شخص آخر كما هو المتبع في المستشفيات في العصر الحديث[2].

---

[1] ومن هذه القوانين قانون زرع الأعضاء العراقي (م/١/٢) من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة ان يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الايصاء باقرار كاتب.

[2] الإسلام والطب الحديث للدكتور عبد العزيز إسماعيل.

حكم التجميل:

عمليات التجميل مشروعة ومباحة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية إذا لم يكن فيها تغيير لصنع الله.

فرفع الحاجب وضعع حاجب صناعي مكانه بصنع أو غيره غير جائز شرعا لان فيه التغيير لصنع الله.

والصبغ على الشفة وعلى الأظافر حرام فلا يجوز أيا كان الباعث الدافع لانه غطاء يمنع وصول الماء إلى الجسد فيكون كل من غسل الجنابة والوضوء باطلا وبالتالي تكون الصلاة باطلة أيضا.

اما إذا استهدفت عمليات التجميل اصلاح عضو واعطاءه الشكل الطبيعي كفصل اصبعين ملتصقين أو إزالة اصبع سادس زائد فهي في حقيقتها اعمال علاجية من حيث انها ترمي تخليص الجسم من عارض غير طبيعي.

وكذلك لا خلاف في اباحة التجميل لازالة اثار الحريق وغيره لان الله جميل يحب الجمال.

المبحث الثالث

حكم تشريح الميت وفلسفته

الاصل هو عدم الجواز، لأن تشريح الميت أيا كانت طبيعته وطريقته، فيه نوع من المس بكرامته، والانسان قد كرمه الله في حالتي الحياة والمماة على حد سواء فيجب ان يكرم ويحترم بعد الوفاة تكريمه واحترامه في حالة الحياة .

ولكن الشريعة الاسلامية علمتنا في اكثر من (٥٠) اية قرانية استخدام العقل والموازنة بين المصالح المتضاربة وتقديم الاهم منها على المهم والسير في ركب الحضارة البشرية والاخذ بنظر الاعتبار اهمية المستجدات العلمية وعدم الوقوف ضد كل جديد الا بعد المقارنة بين مضاره ومنافعه وبثبوت تغلب منافعه على محاسنه فاذا تبين من التجارب العلمية ان للمكتشف العلمي الجديد فوائد اكثر من الاضرار يجب على المفتي الحكم عدم التردد في الافتاء بجوازه شريطة التقيد بضوابطه ورعاية قيوده وشروطه التي تحدد بميزان الشرع.

شروط التشريح الطبي :

يشترط المشروعية عملية التشريح شروط اهمها :

١-ان تكون هناك حاجة ماسة ومصلحة مشروعة تقتضي القيام بعملية تشريح الميت .

٢-الحصول على موافقته في الحياة او موافقة ذويه بعد المماة موافقة صريحة بعيدة عن الاكراه الابي والمادي .

٣-ان يقوم بالعملية الاطباء المختصون وعليهم ان يتبعوا الطرق الاصولية في هذه العملية .

٤-ان يكون الباعث الدافع الى التشريح خدمة مصالح الاحياء من الناس .

٥-ان يكون التشريح بقدر الحاجة لان جوازه استثناء، والاستثناء يتطلب الاقتصار على قدر الحاجة لان الصرورات والاستثناءات تقدر بقدرها .

العلة الغائية للتشريح (او حكمة جوازه): [(١)]

التشريح ضروري لجميع حالات الموت المشتبه فيه تحقيقا للاغراض الاتية :

١- تمييز التسبب المباشر من غير المباشر للوفاة :

ومن الاسباب المباشرة ان تكون الاضرار والافاق الجرحية كافية لحدوث الموت كالنزف الدماغي او تمزقه او نحو ذلك .

ففي الاصابات الجراحية مثلا، لو فرضنا ان شخصا طعن آخر بآلة حادة فمات إثر ذلك، واتضح بعد التشريح ان الاضرار الجسمية التي أحدثتها الآلة المستعملة في الاعتداء تعد هي السبب المباشر لوفاة المجني عليه.

ومن الاسباب غير المباشرة كل تخريب يحصل في الجسم بحيث لا يكفي بمفرده لاحداث الموت وانما حدث لوجود افة مرضية شخصية كان المصاب قد ابتلى بها قبل الحادث الجنائي ومن الاسباب غير المباشرة ايضا ما يقطع علاقة سببية بين الفعل الجرمي والنتيجة كالاهمال في العلاج وحدوث المضاعفات وبناءا على ذلك يجب على الطبيب ان يكون دقيقا في التمييز بين السبب المباشر وغير المباشر لاختلاف حجم العقوبة المقدرة شرعا وقانونا للجاني في كلتا الحالتين .

٢- تحديد مدى مسؤلية الفاعل :

عن طريق التشريح يستطيع الطبيب ان يقدم حالات خاصة بادلة علمية لتنوير التحقيق ولهذه الادلة اهمية قصوى من حيث ان القاضي يستنير بها اصداره الحكم القضائي وتساعد هذه البراهين الفنية على ادانة المتهم او تبرئة ساحته او تخفيف الحكم عنه .

كما ان بامكان الطبيب الذي يقوم بعملية التشريح تحديد اضرار كل آلة جرحية بمفردها فيما لو استعملت الات متعددة ومن قبل اكثر من شخص واحد ساهم في الجريمة ثم تعيين علاقة اضرار كل الة بصحة المصاب او بسبب وفاته تبعا لظروف الواقعة وطبيعة الجريمة.

---

(١) في هذا الموضوع يُنظر الطب العدلي علما وتطبيقا، للدكتور وصفي محمد علي، مطبعة المعارف، ط١، ١٩٧٢، ص١/٧٦ وما يليها.

٣- الاهمال العلاجي :

يوضح الطبيب للمحقق العدلي (او قاضي التحقيق) كل اهمال علاجي يتضح له ثم يقرر مدى علاقته بسبب الموت وعلى هذا الاساس شرعت بعض الدول[1] قانون منع الطبيب العدلي من ممارسة مهنته الطبية بصورة خاصة للتعارض بين الصفة الاستشارية و الصفة العلاجية.

٤- إخفاء معالم الجريمة :

من المعروف ان المتهم قد يحاول تضليل قاضي التحقيق بشتى الوسائل المنتشرة لديه كان يسكب مادة النفط على جسد المجني عليه فيحرقه فيضل الطبيب العدلي عن طريق التشريح الى ان الحريق حصل بصورة عارضة وليس له دخل في حدوث الوفاة. وقد يقوم القاتل بتعليق الجثة ليوهم قاضي التحقيق ان الشخص انتحر بشنق نفسه لكن يتمكن الطبيب العدلي من التمييز بين الحقيقة وما قام به المتهم من اخفاء الواقع والحقيقة وتضليل المحقق او القاضي .

٥- حيوية الاصابة :

وتدعى هذه الحالة الاصابة بالحيوية (او الفعالية) اذا حدثت في جسم حي. وبتشريح الجثة يتمكن الطبيب من تشخيص حيوية وفعالية الجرح من عدمها ومن ان يثبت في الوقت نفسه سبب الموت الحقيقي.

ومن تطبيقات هذه الحالة حادثة جنائية وقعت ثم دعيت الهيئة التحقيقية بضمنها الطبيب العدلي لاجراء الكشف على جثة شخص قيل انه احترق قضاءا وقدرا ونتيجة الكشف الظاهري والفحص التشريحي تبين ان الحرق كان حيويا في مناطق معينة في جسم الضحية وغير حيوي في مناطق اخرى واظهر التشريح للطبيب العدلي وجود كدمات في تجويف الفم وهي تدل مظاهرها على انها حصلت اثر ادخال مادة غير خشنة بعنف داخل الفم كقطعة قماشية، كما اظهر الفحص وجود اصابات حيوية في الراس بسبب الة راضة قاطعة كالفاس وبعد ان قدمت هذه المعلومات التشريحية لقاضي التحقيق اتضح له الامر

[1] كما في جمهورية مصر العربية خلافاً لما عليه القانون في العراق.

بعد بذل جهود وكشف عما يكشف الواقعة من غموض ولما القي القبض على الفاعل اعترف بانه ادخل يشماغه داخل فم المجني عليه للحيلولة دون استغاثته ثم هـوى بالفـاس علـى رأسه عدة مرات واوقد النار في الموقد وقرب راس القتيل من النار بعد ان ظن انه قد فـارق الحياة وقد ظهر للطبيب العدلي ايضا ان المصاب كان انـذاك في حالـة غيبوبـة عـن طريـق مشاهدة حروق حيوية على جسده .

ثم تبين ان شخصا مستخدما دخل الغرفة بعد الحادث واستخرج اليشماغ من فم القتيـل واجرى له تنفسا صناعيا ظانا انه لايزال على قيد الحياة ثم اخبر الشرطة عن الحادث.[١]

٦- تعيين اتجاه الاصابة :

قد يتطلب من الطبيب العدلي تعيين اتجاه الاصابة في الجسم للاستفادة منهـا في معرفـة اليدين اللتين قد مسكتا الآلـة الجارحـة، كمـا في حالـة الاصابة الانتحاريـة او الجنائيـة او المفتعلة (المصطنعة) او لاستنتاج موضع الجاني هل كان على مستوى اعلى او اوطـيء مـن القتيل، او انه اصابه من الامام او الخلف او من الجانب للتمييز بـين حـالات الانتحـار وبـين الاعتداءات الجرمية.

٧- تبيين الآلة الجارحة :

يستطيع الطبيب العدلي في كثير من الحـالات استـناداً الى صـفات الاضـرار واشـكالها وسعتها وعمقها واتجاهها ان يستنتج ان الآلة القاطعة كانت ذات حد واحد او ذات حدين، او إن الآلة كانت مستطيلة الشكل او دائرية او ذات شكل معين آخر، او إن الآلـة الناريـة ذات مقذوف واحد كالبندقية او المسدس او اكثر كبندقية الصيد، ومن الواضح ان لتحديد الآلـة المستعملة في تنفيذ الجريمة دوراً مهماً في تحديد حجم الضربة استناداً الى مدى خطورة الجـاني والقوة في ارتكاب الجريمة.[٢]

---

[١] ينظر: الطب العدلي علماً وتطبيقاً، المرجع السابق، ص١/٧٧.

[٢] المرجع السابق.

٨- كيفية حدوث الإصابة:

يساعد التشريح الطبي في كثير من الوقائع على استنتاج منشأ الاضرار ومعرفة آليتها، وعلي سبيل المثل في حادث السيارة تكون الغاية معرفة كيفية حصول الاصابة هل حصلت من أثر مرور عجلة السيارة او من سقوطه منها او بنتيجة ضغط شديد حصل على جسمه بعد رجوع السيارة الى الوراء او نحو ذلك مما يحدد مدى مسؤولية سائق السيارة وتقصيره وبالتالي تسببه في وفاة المصاب.

٩- تقدير الحالة الصحية:

يتوقف تقدير الحالة الصحية للمتوفى على ما يقدمه الطبيب المشرح في تقديره المتضمن مجموع المشاهدات التشريحية والفحوص المختبرية التي يستعان بها ومن الواضح ان هذه الحالة ضرورية بالنسبة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية وشركات التأمين في موضوع التزاماتها بدفع تعويض مالي لورثة المتوفى بعد التأكد من ان وفاته حصلت اثناء قيامه بمهمة وظيفية عهدت اليه، وفيما اذا كان سبب الموت ناتجا عن ذلك بصورة مباشرة او غير مباشرة، كان يصعق عامل بالتيار الكهربائي عندما كان يقوم بتصليح بعض الاسلاك.

وفي حالة مشاهدة الطبيب آفة مرضية يجب عليه ان يوضح علاقتها بسبب الوفاة.[١]

---

[١] لمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق، ١/٧٢-٧٩.



الفصل التاسع

الإجهاض بين الحظر والجواز

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ، ثُمَّ إِنَّكُمْ بَعْدَ ذَٰلِكَ لَمَيِّتُونَ، ثُمَّ إِنَّكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تُبْعَثُونَ﴾[1]

هذا النص الالهي يقول لنا: ان الانسان يمر بتسع مراحل:

المرحلة الأولى: سلالة من طين أي خلاصة سلة من الطين.

والثانية: النطفة بعد اللقاح والاخصاب.

والثالثة العلقة: قطعة دم جامد.

والرابعة المضغة: قطعة لحم بمقدار ما يمضغ.

والخامسة مرحلة تكون العظام.

والسادسة مرحلة سطر العظام باللحم بعد مضي (١٢٠) يوما على اللقاح كما ثبت بالطب والعلم الحديث.

والسابعة مرحلة التحول من الحياة النباتية والحيوانية إلى المرحلة الانسانية وهذه المرحلة هي المقصودة من قوله تعالى (ثم انشاناه خلقا آخر).

والمرحلة الثامنة الموت بعد هذه الحياة الفانية.

والتاسعة اعادة الحياة بعد المماة في الحياة الآخرة.

وهذه المراحل كما هو واضح ثلاث منها خارج الرحم وست منها في داخله، وقطع السير التكاملي في مرحلة من هذه المراحل الست هو الذي يُسمى الإجهاض أو الإسقاط أو الاملاص.

ونتناول دراسة هذا الموضوع في مبحثين، يُخصص الأول للتعريف بالإجهاض، والثاني لحكم الإجهاض.



(١) سورة المؤمنون: ١٢،١٦.



المبحث الأول
التعريف بالإجهاض

الإجهاض ظاهرة اجتماعية بالغة الخطورة تواجه الاسر البشرية وضحايا هذه الظاهرة سنويا تقدر بملايين من الأحمال وبالاف من الأمهات.

فهي مشكلة يتنازع حلها رجال الفكر والقانون والطب والاخلاق والاجتماع والاقتصاد وبهذا الصدد تعقد بين آونة وأخرى مؤتمرات وندوات علمية على الصعيدين الاقليمي والعالمي يكون محور مناقشاتها مدى مشروعية الغاء أو تعديل القوانين المحرمة أو المقيدة لعملية الإجهاض حسبما متغيرات الحياة.

بالاضافة إلى ذلك فان هناك نظريات فلسفية تتردد بين ترجيح حق الام في رفض الامومة لاي سبب كان وحق الجنين في التكامل والولادة والحياة، وحق المجتمع في تكوين جيل جديد.

ولكن رغم كل ما قيل وما يقال من الآراء والاجتهادات والطروحات حول الإجهاض فانه في حد ذاته عمل مرفوض دينيا وقانونيا وعقليا ومنطقيا وفطريا.

كيف لا وقد حرمته كافة الشرائع الالهية، والديانات الوضعية القديمة، والتشريعات الآشورية والبابلية التي تقضي بقتل بنت الجاني إذا أدى الإجهاض إلى موت الام الحامل.

وكذلك حرمته التعاليم الهندية والبوذية والزرادشتية، وفلاسفة الاغريق، ورجال القانون في الرومان، والقوانين المتأثرة بقانون الكنيسة.

وكان أبو قراط الطبيب اليوناني يلزم الاطباء قبل ممارسة الاعمال الطبية ان يقسمون على ان لا يرشدوا احدا إلى طريقة الإجهاض وان لا يصفوا ولا يعطوا دواءً مجهضا. وبعد هذه المقدمة فما هو موقف التشريع الجزائي الإسلامي والتشريعات الجزائية الغربية النافذة القائمة من الإجهاض؟

احاول الاجابة عن هذا السؤال باستعراض موجز لآراء فقهاء المذاهب الفقهية المعروفة، وقوانين العقوبات العربية مقتصرا على النقاط المهمة الجوهرية مبينا أوجه التشابه والاختلاف بين تلك المذاهب وهذه القوانين.

ما المقصود بالاجهاض؟

الإجهاض (الإسقاط) مصطلح يكتنفه الغموض لانه مشترك معنوي بين كافة مراحل السير التكاملي قبل الولادة من حيث الايقاف بدءا بالنطفة الملقحة وانتهاءً بمرحلة التهيؤ للولادة.

ولذا لم تتفق كلمة فقهاء الشريعة ورجال القانون وعلماء الطب على الاجابة عن هذه الاسئلة:

متى يعتبر الحمل جنينا؟ ومتى يكون محلا للجريمة؟ وهل عقوبة ايقاف السير الطبيعي للحمل في كل مرحلة واحدة؟. أو انها تتزايد تصاعديا كلما اقتربت المسافة من الولادة؟

فقهاء الشريعة الإسلامية منهم من فرق بين حلول الروح وما بعده فقالوا: الجنين قبل الروح ليس نفسا حتى يكون مشمولا بقوله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق)[1]

ومنهم من لم يفرق بين الحالتين من حيث التحريم الا بحجم الجريمة والعقوبة وكذلك فعل رجال القانون والطب فمنهم من اعطى لمصطلح الإجهاض مفهوما واسعا شاملا لما قبل ولوج الروح وما بعده فقالوا: الإجهاض اخراج الجنين قبل اوانه سواء كان متمتعا بالحياة أو لا فطردوا البيضة المخصبة إجهاض.

ومنهم من قال هو وضع الجنين قبل الميعاد ميتا بفعل اجرامي بعد ان استقرت فيه الحياة.

وفي قناعتي المتواضعة:

ان المعنى الاصطلاحي للجنين ليس بعيداً عن معناه اللغوي وهو المستور من كل شيء لان مشتقات مادة (جن) لا تستعمل الا في الاشياء غير المرئية كالجن والجنة والجنان (القلب) ونحو ذلك فالمعنى الاصطلاحي للجنين هو ما في بطن الام من الحمل في جميع مراحله وسمي جنينا لاستشارة فيه عن الرؤية.

والإجهاض (أو الإسقاط): هو ايقاف السير الطبيعي للحمل بما يؤدي إلى اهلاكه.

وفاعله يسأل ديانة وقضاء بعد استقرار الروح في الجنين لانه قتل نفسا سواء أكان خطأ أم عمدا شأنه شأن حالة ما بعد الولادة غير ان العقوبة تختلف في الحالتين.

---

[1] سورة الانعام: ١٥١.

ويسأل ديانة فقط قبل الروح إذا كان متعديا مباشرة أو تسببا ويكون امام الله لانه ارتكب عملا غير مشروع بدون عذر فهدم ما وضعه الله من الحجر الاساس لبناء انسان ولكن لا يعاقب بالعقوبات الدنيوية المحدودة في القرآن الكريم من قصاص ودية وكفارة لانه لم يقتل نفسا ولم يزهق روحا ولكن يجوز ان يعاقب بعقوبة تعزيرية إذا لم يكن عمله مبررا بمبرر شرعي.

مصادر تحريم وعقاب الإجهاض:

مصادره في الشريعة الإسلامية:

١ـ القرآن الكريم:

أ ـ بالنسبة لما قبل الروح ان الإجهاض هدم لخلق الله قال تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا﴾ ومن الواضح ان الخلق من الله ليس عبثا كما قال تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾[١].

ب ـ بالنسبة لما بعد الروح واستقرارها في الجنين يكون الفاعل مشمولا بآيات القتل والقصاص والدية منها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾[٢] وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى... الآية﴾[٤].

٢ـ السنة النبوية:

ورد على لسان رسول الله ﷺ وفي قضائه أحاديث صحيحة كثيرة بصدد تحريم الإجهاض وعقوبته منها ما رواه أبو هريرة من انه ((قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة (أي عبد أو امة))[٥] ومنها انه ((اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فتخاصموا إلى رسول الله فقضى ان دية جنينها غرة (عبد أو وليدة) وقضى بدية المرأة على عاقلتها)) .

---

[١] سورة المؤمنون: ١١٥.

[٢] سورة الانعام: ١٥١.

[٣] النساء: ٩٢.

[٤] سورة القرة: ١٧٨.

[٥] نيل الاوطار للشوكاني ٧/٧٨.

مصادر تحريم الإجهاض في القانون:

بناءً على قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص يكون مصدر تحريم الإجهاض قوانين العقوبات.

المبحث الثاني
حكم الإجهاض

لمعرفة هذا الحكم من الضروري معرفة أنواعه.

ينقسم الإجهاض من حيث دور الارادة فيه والقصد الجنائي إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الإجهاض الطبيعي او (اللاارادي)

وهو: إجهاض يحدث تلقائيا دون تدخل ارادة احد لاسباب قد تكون مجهولة وقد تكون معلومة منها: اصابة الام أو الجنين أو المشيمة بمرض أدى إلى الإجهاض ولا خلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون والطب في ان هذا النوع من الإجهاض لا يخضع للتشريعات الجزائية فلا جريمة ولا عقوبة، بل الإجهاض مباح.

النوع الثاني: الإجهاض في الطب (العلاج):

وهو الذي تقضي به ضرورة انقاذ حياة الام وجواز هذا النوع لم يعارضه الا من لا يعتد بمعارضته فهو اما مباح لا مسؤولية جزائية ولا مدنية على من يقوم بعملية الإجهاض أو لا عقوبة عليه إذا توافرت الشروط الآتية:

١ـ ان تثبت خطورة الجنين على حياة الام من قبل لجنة طبية مختصة.

٢ـ ان تكون هذه الخطورة الصحية ناتجة اما عن وجود الجنين أو عن بقائه في الرحم.

٣ـ ان لا يكون هناك سبيل آخر لانقاذ حياة الام سوى إجهاض حملها.

٤ـ ان تتم عملية الإجهاض تحت اشراف المختصين من الأطباء. وفي مستشفيات تتوافر فيها متطلبات الإجهاض ومنع حدوث المضاعفات.

الأدلة الشرعية والقانونية على جواز الإجهاض العلاجي:

رغم عدم تطرق الفقهاء صراحة لهذا النوع من الإجهاض الا ان القواعد الشرعية العامة المستخلصة من القرآن الكريم والسنة النبوية تدل على جوازها. ومنها قاعدة (إذا تعارضت مضرتان يختار أهونهما شرا لدرء أخطرها).

هذا إضافة إلى الأدلة العقلية التالية:

١ـ ان الام هي أصل الجنين وهو فرع منها ولا يضحى بالاصل في سبيل بقاء الفرع.

٢ـ ان حياة الام مستقرة وثابتة ومؤكدة واما حياة الجنين قبل الولادة فهي احتمالية قد يولد حيا وقد يولد ميتا والقاعدة العامة تقضي بتقديم المصلحة المحققة على المصلحة المحتملة في حالة التعارض.

٣ـ للام شخصية شرعية وقانونية قائمة بخلاف الجنين.

٤ـ ان وفاة الام غالبا تؤدي إلى وفاة الجنين إذا ماتت قبل ولادته.

٥ـ وأخيرا هل يشترط رضاء الأم للاجهاض العلاجي؟ في قناعتي المتواضعة كلا. لان امتناعها عمل انتحاري بصورة غير مباشرة والانتحار محرم شرعا وقانونا إضافة إلى ان حياتها ليست ملكا خاصا خالصا لها حتى يشترط رضاها واذنها الصريح.

موقف التشريعات الجزائية العربية من الإجهاض العلاجي:

يكاد تتفق جميع القوانين العربية وغير العربية على ان الإجهاض لانقاذ حياة الام جائز ولا عقوبة عليه إذا توافرت الشروط المذكورة لكن بعض القوانين اعتبرت هذه الضرورة من موانع المسؤولية الجزائية وبعضها اعتبرتها من أسباب الإباحة.

ومن هذه القوانين القانون المغربي (م ٤٥٣) (لا عقاب إذا دعت الضرورة للإجهاض).

والقانون الجزائري (م ٣٠٨) (لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة انقاذ حياة الام من الخطر بعد ابلاغ السلطة الإدارية).

والقانون الجزائي الكويتي (م١٧٥) (إذا كان الفاعل له الخبرة اللازمة وفعل الإجهاض بحسن النية على اعتقاده بانه ضروري للمحافظة على حياة الحامل لا عقوبة عليه).

وقانون دولة البحرين (م ٢٠٢) (الاعمال المذكورة المؤدية إلى الإجهاض لا تعتبر غير مشروعة إذا قام بها ذو أهلية مع اعتقاده الخالص بان ذلك ضروري للمحافظة على حياتها).

والمشرع العراقي في المواد (٤١٧ـ٤١٩) شملت هذا الحكم ولكنه يعتبر الضرورة في المواد الأخرى من موانع المسؤولية الجزائية.

النوع الثالث: الإجهاض الجنائي:

وهو الذي يكون الغرض منه التخلص من الحمل بوسيلة من الوسائل دون مبرر شرعي.

ويكاد الإجماع الشرعي والقانوني والطبي ينعقد على تحريمه وتجريمه والعقاب عليه وبوجه خاص بعد استقرار الحياة الانسانية في الجنين بحلول الروح في جسده ولكن لهذه الجريمة أركان كأية جريمة أخرى منها متفق عليها ومنها مختلف فيها واهمها بالاضافة إلى الأركان العامة (الركن الشرعي والمادي والمعنوي) هي الآتية:

١. الركن المادي: وهو استخدام وسائل مادية ومعنوية من شأنها ان تؤدي إلى الإجهاض. ومن الوسائل المادية الايجابية العنف وتناول العقاقير وغيرها.

ومن الوسائل المادية السلبية امتناع الام عن تعاطي الدواء الذي وصفه الطبيب وأرشدها إلى تناوله لحماية الطفل. أو امتناعها عن الاكل والشرب بقصد الإجهاض[1].

٢. الركن الشرعي: وهو الصفة غير المشروعة للفعل بخضوعه لنص التجريم الذي يقرر فيه القانون عقابا لمن يرتكبه وعدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة.

٣. الركن المعنوي: هو الارادة الآثمة التي يقترن بها الفعل.

بالإضافة إلى هذه الأركان تعد من اركان الإجهاض وجود الحمل وانفصال الجنين من الام، وموت الجنين.

حكم الوسائل التي تستخدم في الركن المادي للإجهاض:

في التشريع الجنائي الإسلامي بناءا على نظرية سد الذرائع ان الوسائل تابعة لنتائجها وغاياتها من حيث المشروعية وعدم المشروعية.

---

[1] في الفقه الشافعي (قليوبي وعميره ١٥٩/٤) كالضربة الصوم أو الجوع. وفي الفقه الحنفي (حاشية ابن عابدين ٥٨٨/٦) كامتناعها عن الاكل والشرب بحيث أدى ذلك إلى الإجهاض.

يقول ابن القيم(١): (إذا حرم الله شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فانه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه. ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم واغراءً للنفوس. وحكمته تعالى تأبى ذلك كل الإيباء).

موقف التشريعات الجزائية العربية من حكم وسائل الإجهاض:

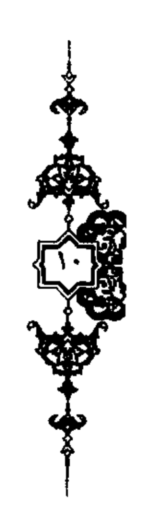
تناولت القوانين العقوبات العربية بتحريم وعقاب نشر وترويج أو تسهيل استعمال الوسائل كالعقاقير أو بيعها أو اقتناء المواد المعدة للإجهاض بقصد بيعها ومن هذه القوانين قانون العقوبات السوري (م ٥٢٥) واللبناني (م ٥٣٩) فالعقوبة في هذين القانونين من شهرين إلى سنتين مع الغرامة.

وقانون البحرين (م ٢٠٤) وسلطنة عمان (م ٢٤٥) والكويتي (م ١٧٧) تكون العقوبة بما لا يزيد على ثلاث سنوات.

---

(١) اعلام الموقعين لابن القيم ، ٣ / ١٣٥ .

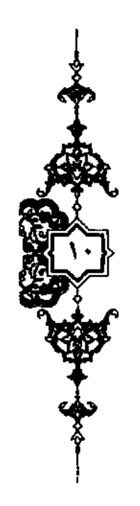




الفصل العاشر

التلقيح الصناعي وتحديد النسل

ونتناول دراسة هذين الموضوعين في مبحثين يخصص الاول للتلقيح الصناعي والثاني لتحديد النسل .





المبحث الأول
التلقيح الصناعي

التلقيح: هو عملية نقل المواد المنوية من الذكر الى مهبل الانثى ايا كانت وسيلة النقل .
الاخصاب: هو عملية اتحاد الخلية الذكرية مع الخلية الانثوية بعد الالتقاء بطريقة طبيعية او صناعية .

اقسام التلقيح :

التلقيح باعتباره وسيلة النقل بتقسيمه الى طبيعي وصناعي :

القسم الاول/ التلقيح الطبيعي:

وهو الذي يتم بواسطة الاتصال الجنسي الطبيعي المباشر بين الرجل والمراة (بين الزوجين) وهذا هو الاصل الذي اقرته الشريعة الالهية والقوانين الوضعية على ان يتم ذلك اثناء قيام الزواج الشرعي بين الرجل والمراة .
وهذا القسم لا يحتاج الى المناقشة من حيث ان عملية النقل طبيعية شرعية قانونية وكذلك عملية الاخصاب تتم بين مني الزوج (الحيمن) وبييضة الزوجة في رحمها وما يترتب على ذلك من نسب شرعي وغيره .

القسم الثاني / التلقيح الصناعي :

وهو الذي يتم فيه نقل المواد المنوية نقلا صناعيا وبطريقة غير طبيعية من الذكر الى مهبل الانثى .
وهذه العملية مكفولة بسلسلة من عمليات طبية ومظنة للمخاطر ومثار للمسؤولية لذا تحتاج الى التفصيل والتحليل الى اقسامها وطرقها وصورها لمعرفة الحكم الشرعي والقانوني لكل شق من الشقوقات المتصورة.

انواع التلقيح الصناعي :

وهو التقسيم باعتبار طبيعة العملية إلى الصناعي الداخلي والصناعي الخارجي.

النوع الأول: التلقيح الصناعي الداخلي : وهو التلقيح داخل جسم المرأة بان يزرق مني الرجل في مهبل امرأة زوجة كانت أم لا بواسطة آلة صناعية يوم خروج البييضة من المبيض ثم يترك المني ليسلك بنفسه المسلك الطبيعي الى مستقر البييضة شانه بذلك شان التلقيح الطبيعي .

النوع الثاني: التلقيح الصناعي الخارجي او ما يسمى الاخصاب العملي: وهو الذي يكون التلقيح والاخصاب خارج مهبل ورحم الزوجة في انبوب او طبق اختبار ثم بعد فترة زمنية مناسبة تزرع اللقيحة في رحم المراة .

ولكل نوع طرق وصور ، ولكل صورة نوعها الخاص :

النوع الأول: التلقيح الصناعي الداخلي :

صور التلقيح الصناعي الداخلي أهمها ثلاث :

الصورة الأولى: هي ان يتم تلقيح بييضة المراة بمني زوجها بوسيلة صناعية ويلجا الى هذة الطريقة لاسباب يعرفها الاطباء منها كون الرجل عنينا او مجبوبا او سريع الانزال ، او كون المراة غير قادرة على الاتصال الجنسي لمرض عضوي او نفسي .

وحكمها الشرعي هو الجواز بشرط قيام حاجة ماسة تدعو اليها لان هذه العملية لامحظور فيها سوى كشف عورة الزوجين امام الغير وهذا جائز للضرورة شانه شان حالات اجراء الفحوصات الطبية والعمليات الجراحية والتداوي للحاجة والضرورة ونسب الطفل شرعي تترتب عليه كافة الحقوق والالتزامات الشرعية والقانونية .

ولهذه الصورة نظير في الفقه الاسلامي يسمى (الاستدخال) وهو استدخال المرأة مني رجل ثم قذفه خارج المهبل .

وقد عالجه فقهاء الشريعة وبوجه خاص فقهاء الشافعية واعتبروا النسب شرعيا اذا كانت الشرعية قائمة بينهما.[1]

---

[1] في هذا الموضوع ينظر:مغني المحتاج في الفقه الشافعي ٣/٢٤٣-٢٤٥ ،
المغني والشرح الكبير في الفقه الحنبلي لابن قدامة ٩/٥٥.
شرائع الاسلام في فقه الامامية ٣/٣٤.

الصورة الثانية: هي تطبيق نفس الصورة الاولى بعد وفاة الزوج بان يتم نقل الحيامن المجمدة للزوج قبل وفاته الى مهبل زوجته بطريقة صناعية يتم التلقيح والاخصاب بعد ذلك في مهبل ورحم الزوجة المتوفى عنها زوجها.

والحكم الشرعي لهذه الصورة هو ان العملية في حد ذاتها محرمة وغير مشروعة في الاسلام لاسباب كثيرة منها مايلي :

أ- حصول الفرقة بين الزوجين بالوفاة فالعملية تتم في وقت تكون رابطة الزوجية غير قائمة والزوجة بمثابة زوجة اجنبية بدليل ان لها الحق في ان تتزوج بعد انتهاز عدتها .

ب- عدم وجود ضرورة وحاجة ماسة الى هذه الطريقة بعد موت الزوج ولو كانت هذه الضرورة قائمة لتمت العملية في حياة زوجها فالعملية ترفيهية اكثر من ان تكون ضرورية وحاجية .

ج- سد الذرائع : لان هذه الطريقة معرضة لاختلاط الانساب بسبب خلط البنك او الشخص الذي يتولى عملية النقل بين الحيوانات المنوية المجمدة وهي تعود لعدة اشخاص .

د- احتمال الامراض والتشوهات الخلقية في جسم الطفل والام حيث تتعرض الحيوانات المنوية لتغيرات كثيرة لانها تبقى مدة زمنية خارج بيئتها الطبيعية الفسيولوجية .

ما حكم نسب المولود اذا كتب له ان يرى نور الحياة في الدنيا بالنسبة لهذه الصورة: في اعتقادنا المتواضع ان نسبه شرعي للأدلة التالية:

١- القياس: اي قياس هذه الحالة التي فيها الشبهة ولو بنسبة قليلة على الدخول بالشبهة بجامع علة الشبهة. وقد اجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان الدخول المقترن بالشبهة تترتب عليه بعض الاثار الشرعية ومنها النسب الشرعي .كما في الدخول في الزواج الفاسد ومن الواضح ان القياس من الادلة الشرعية عند جمهور الشريعة الاسلامية .

المحلى في الفقه الظاهري ١٤٣/٤.

٢- حماية مستقبل الطفل ولرعاية هذه الحماية قال ابو حنيفة (رحمه الله) اذا تزوج رجل في المشرق امراة من المغرب ولم يمكن ان يحصل اللقاء بينهما فانجبت الزوجة طفلا يكون نسبه شرعيا لهذا الزوج لشبهة حاصلة من مجرد عقد الزواج وذلك حماية لمتسقبل هذا الطفل الذي هو معصوم لا ذنب له .

٣- عدم مشروعية العملية لاتاثير لها على شرعية النسب كالدخول في الزواج الفاسد .

الصورة الثالثة: وهي ان تكون تلقيح ببيضة المراة بمني رجل ليس زوجا لها وبنفس الطريقة في الصورتين السابقتين ويلجا اليها حين يكون زوج هذه المراة عقيما او لاسباب طبية اخرى وهذه الطريقة تمارسها بنوك المني في العالم غير الاسلامي على نطاق واسع اذ يرون فيها حلا لمشكلة العقم والامومة حينما يكون الزوج عقيما ، وقد يكون الدافع كون صاحب المني معروفا بصفة استثنائية ككونه من العباقرة او من الحائزين على جائزة نوبل.

حكم هذه الطريقة في الشريعة الاسلامية وقوانين البلاد الاسلامية على ما اعتقد هو التحريم قطعا، وتحريم هذه الصورة لا يقبل المناقشة في دولة ينص دستورها على ان الدين الرسمي للدولة هو الاسلام، لمخالفة هذه الطريقة للنظام العام (الشريعة الاسلامية) حيث اجمع علماء الشريعة الاسلامية من صدر الاسلام الى يومنا هذا على تحريم اختلاط الانساب ولعدم وجود شبهة الحلال في هذه الصورة فان النسب يعتبر ثمرة غير مشروعة ولا يثبت نسبه لا لصاحب المني ولا للزوج العقيم لكن ينسب الى الام صاحبة البييضة وقد قال جمهور علماء الشريعة ان ولد الزنا ينسب الى امه ويثبت التحريم والتوارث بينهما.[1]

اما حكم نسبه في القانون فلم يعترف به لحد الان –حسب ما اعلم- اي قانون عربي واسلامي لمخالفته للنظام العام .

اما في العالم غير الاسلامي فقد اقرت شرعية نسب هذا المولود بعض القوانين كما في الولايات المتحدة الامريكية وفرنسا، والقانون الانكليزي لايمنع هذه الطريقة ولكن لا يعترف بشرعية الولد، والقانون السويسري يعتبر هذه الطريقة نوعا من الزنا .

---

(١) نشرة جريدة النيوز ويك الصادرة في ١٩٨٥/٣/١٨ خبراً ان في امريكا قد تستخدم بنوك المني لرجل واحد لتلقيح مئة امرأة، نقلاً عن الدكتور على اطروحة دكتوراه مطبوعة على الرونيو ص٦.

النوع الثاني: التلقيح الصناعي الخارجي – او ما يسمى زراعة الاجنة:

ومن الواضح ان يتم التلقيح والإخصاب في هذا النوع خارج رحم المرأة ثم تنقل اللقيحة وتزرع ولهذه الطريقة صور عديدة منها ما ياتي :

الصورة الاولى: هي ان التلقيح يتم عن طريق اخذ مني الزوج وبُييضة زوجته ووضعهما في انبوبة اختبار وبعد انقسام وتكثر اللقيحة تعاد الى رحم صاحبة البُييضة، ويلجأ الى هذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة ورحمها سالمين، ولكن حصل لها انسداد في الأنبوبين الواصلتين بين مبيض الزوجة ورحمها اللذين يسميان قناتي فالوب .

الحكم الشرعي لهذه الصورة هو الجواز لأنها كالصورة الأولى في التلقيح الصناعي الداخلي ولا تختلف عنها الا في الاستعاضة عن قناة فالوب بانبوب الاختبار، ولا محظور فيها سوى انكشاف عورة الزوجين امام الغير فهو جائز في حالات الضرورة والحاجة فقط وكذلك نسب المولود شرعي حكمه محكم المولود من ابوين شرعيين بطريقة طبيعية، لأن الحيمن من الزوج والبُييضة من الزوجة.

الصورة الثانية: نفس الصورة الاولى يتم التلقيح والاخصاب في انبوبة الاختبار لكن يتم الزرع في رحم زوجة ثانية للزوج صاحب المني الذي هو أحد عنصري اللقيحة.

ويلجأ الى هذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة الاولى سالماً ولكن رحمها غير سالم وغير صالح لان يكون لبقية ادوار الجنين.

حكم هذه الصورة: اصل العملية غير مشروعة لا لتشابهه بعملية الزنابيل لسلبيات خطيرة من المتوقع ان تترتب على هذه الطريقة وبوجه خاص تعرض حياة او سلامة المرأة لخطر منافسة الضرتين اضافة الى ذلك لا توجد الضرورة والحاجة بالنسبة الى الزوج ما دامت الزوجة الثانية صالحة للانجاب، لكن اذا حصلت الواقعة فان الطفل نسبه شرعي يلحق بصاحب المني لانه لم يطرأ في العملية ما يجعله بمثابة ولد الزنا.

الصورة الثالثة: كالصورتين السابقتين في ان التلقيح والاخصاب يتمان بين مني الزوج وبييضة الزوجة في انبوبة الاختبار الا انها تختلف عنهما في ان زرع اللقيحة يكون في رحم امرأة ليست زوجة لصاحب المني وانما هي متطوعة او مستأجرة لهذا الغرض.

الحكم الشرعي للعملية هو التحريم بلا شك سداً للذرائع حيث تترتب على هذه الطريقة آثار لا يقرها الشرع الاسلامي ابداً منها ان هذه المرأة قد تكون زوجة لرجل يعاشرها فيتكون جنين آخر فتضع الزوجة توأمين احدهما الجنين المزروع والاخر

لزوجها فلا تميز احدهما عن الاخر. ومنها ان المرأة المتطوعة او المستأجرة قد تستبد بالمولود ولا تعيده للزوجين لذا يجب ان تمنع هذه الصورة بالقانون.

لكن ما هو حكم نسب المولود اذا وقعت الواقعة؟

في اعتقادنا المتواضع ان النسب شرعي للزوجين صاحبي اللقيحة المزروعة اذا كانت المرأة التي تم الزرع في رحمها غير متزوجة، او كانت متزوجة والتزم بعدم معاشرتها حتى يتبين الحمل ويزول خطر اختلاط النسب، وتسري احكام المرضعة على المرأة التي غذت الجنين اكثر من فضل المرضعة ودليل مشروعية النسب ايضاً هو القياس على الدخول بالشبهة وهو القياس الأولى والقياس الجلي، لان شبهة الحل في هذه العملية اكثر شبه الحل في الدخول في زواج فاسد فالجنين المزروع كالطبيعي في ان صاحب المني وصاحبة البييضة بينهما زواج شرعي وصحيح.

وجدير بالذكر ان المجمع الفقهي الاسلامي المنعقد في مكة المكرمة آثر شرعية نسب هذا المولود في دورته السابعة ١٤٠٤هـ ولكن تراجع عن قراره عام ١٤٠٥ من دورته الثامنة بعد مرور سنة وعلل انسحابه بانه يؤدي الى اختلاط النسب لكن كما سبق انفاً اذا كانت المرأة غير متزوجة او كان الزوج ملتزماً بعدم معاشرة زوجته حتى يتبين الحمل فلا يبقى خطر اختلاط النسب اضافة الى ذلك فان احتمال اختلاط النسب بعيد جداً بسبب ان المرأة لا تفرز سوى بُييضة واحدة شهرياً لا ارادياً فليس لها سلطان على التحوير بارادتها فالمبيض يعمل مستقلاً عن ارادتها ويرى العلماء ان مجموع البُييضات التي يفرزها المبيض طيلة حياة المرأة لا تزيد عن (٤٠٠) بُييضة وهناك شقوقات وطرق وصور اخرى كثيرة للتلقيح الصناعي الخارجي كلها غير مشروعة والمولود الناتج عنها غير شرعي والمعيار العام هو ان التلقيح غير مشروع كلما كان احد العنصرين الحيمن والبُييضة من غير الزرجين.

المبحث الثاني
تحديد النسل ومنع الحمل

منع الحمل نوعان: دائمي ووقتي ولكل نوع وسائله المتفرقة وغاياته المختلفة

النوع الأول : المنع الوقتي

للمنع الوقتي وسائل منها تستعمل من قبل الزوج كالقذف خارج المهبل او في كيس مربوط بالقضيب، ومنها من قبل الزوجة كاستعمال ادوية المنع ، وفيها من الطبيب كشد الرحم بصورة وقتية او نحو ذلك، والوسيلة الوحيدة التي كانت مستعملة في عهد الرسالة وائمة المذاهب الفقهية : العزل

والعزل: هو ان يجامع الرجل زوجته فاذا اقترب الانزال نزع وانسحب ليتم الانزال المنوي خارج المهبل.

حكم منع الحمل بالعزل في الشريعة الاسلامية:

اولاً: لا خلاف بين الفقهاء في ان الحمل اذا كان ذا خطورة على حياة الأم يجوز منعه بصورة وقتية.

ثانياً: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في ان الاصل في الاسلام هو عدم المنع، والمنع استثناء للادلة التالية:

١-الغاية الاساسية من الزوج ليست اشباع الرغبات الجنسية وانما الانجاب لاستمرارية بني نوع الانسان.

٢-المنع لسبب اقتصادي منهي عنه ومحرم بايات قرآنية كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا أَوْلاَدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاَقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾[1] والمني يسمى ولداً باعتبار المستقبل.

---

[1] سورة الاسراء/ ٣١.

٣-خلق الله الاولاد زينة للحياة قال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[١].

٤-امر الرسول ﷺ بتزوج الولود اي كثيرة الاولاد فقال: ((... تزوجوا الودود الولود فاني مكاثريكم الانبياء يوم القيامة))[٢] وتعرف كثرة ولادة المرأة قبل زواجها باقاربها.

٥-ثالثاً: حكم منع الحمل المؤقت من حيث هو يغض النظر عن مبررات الحمل وعدمها مسألة خلافية اختلف فيها فقهاء الشريعة على ثلاثة اراء:

الرأي الاول: محرم في الشريعة الاسلامية مطلقاً اياً كانت وسيلته واسبابه وهذا ما تبناه فقهاء الظاهرية وبوجه أخص ابن حزم الظاهري[٣] ودافعوا عنه بادلة عقلية ونقلية منها حديث جدامة بنت وهب قالت: حضرت رسول الله ﷺ في اناس سألوه عن العزل فقال ذلك الوأد الخفي[٤] والوأد دفن البنت وهي حية مأخودة من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾[٥].

الرأي الثاني: جائز في الشريعة الاسلامية مطلقاً وهو رأي اكثر فقهاء الشافعية وجل ادلتهم هو مارواه محمود عن عطاء عن جابر انه قال: ((كنا نعزل والقرآن ينزل)). وفي رواية عن سفيان ((كنا نعزل والقرآن ينزل لو كان شي ينهي عنه لنهانا عنه القرآن)) [٦] وفي حديث آخر كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك نبي الله فلم ينهه[٧] وسكوته دليل على الجواز ولوكان محرماً لنهى عنه، وفي صحيح مسلم[٨] احاديث اخرى اكثرها تدل على الجواز ولا مجال لذكرها واحاديث الجواز اقوى واكثر من احاديث المنع.

---

[١] سورة الكهف/ ٤٦.

[٢] نيل الاوطار: ١١٨/٦.

[٣] ينظر المحلى: ٧٠/١٠ وفيه (لا يحل العزل عن حرة ولا عن امة، برهان ذلك عن عائشة ام المؤمنين عن جدامة بنت وهب اخت عكاشة قالت: حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس سألوه عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوأد الخفي وقرأ ((اذا المؤدة سئلت بأي ذنب قتلت)))

[٤] سبل الاسلام: ١٩٠/٣.

[٥] سورة التكوير/٨.

[٦] صحيح مسلم: ١٠٦٥/٢

[٧] صحيح مسلم المرجع السابق العدة على احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام: ٢٧٩/٤.

[٨] ينظر: ١٠٦١/٢.

الراي الثالث: هو التفصيل وهو ما اقره جمهور فقهاء الشريعة فقالوا: اذا تم باتفاق الزوجين جائز وبدون موافقة الزوجة لا يجوز لانه حق مشترك بينهما، فلا يجوز للزوج ان يستبد به واستدلوا بما رواه عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) من انه قال (نهى رسول الله ﷺ ان ينعزل (اي الزوج) عن الحرة الا باذنها)[1] فقالوا: هل الحديث يدل بمفهومه المخالف على جوازه باذن الزوجة. وكذلك يستدل به طريق القياس على ان المنع المؤنث جاز باتفاق الطرفين سواء. كانت الوسيلة من الزوجة كاستعمال ادوية منع الحمل ام من طبيب كشد الرحم.

موقف القانون من منع الحمل بصورة وقتية:

لم اجد في جميع قوانين العقوبات للبلاد العربية ما يمنع هذا النوع من المنع باستثناء قانون العقوبات اللبناني الذي حرم منع الحمل مطلقاً واعتبره جريمة يعاقب عليه كما في المواد (٥٣٧ و ٥٣٨).

وفي رأينا المتواضع ان المنع المؤنث كالمنع الدائم للضرورة جائز وغير جائز بدونها، وفي هذا الرأي جمع بين الادلة المتعارضة.

النوع الثاني: التعقيم:

منع الحمل بحيث يجعل احد الزوجين عقيماً بصورة دائمية وهذا ما يُسمى التعقيم.

والتعقيم للرجال طريقة قديمة لمنع الحمل او لمنع المعاشرة الجنسية، ومن اشهر وسائلها الخصاء وقد استعمله البابليون والاشوريون والفرس لاولاد الاسرى الذين كانوا يعتبرون عبيداً والمصريون للزنوج المستوردة من السودان وغيرها، ثم انتقلت هذه العادة الى اليونانيين والرومانيين، والخصاء يمنع الرجل من الممارسة الجنسية وكان يتم بطرق وحشية بدائية همجية، منها قطع الخصيتين ويكون بسلها او رضها، ومنها قطع قضيب الرجل الذي يسمى الجب، وكان كثير منهم يموتون اثناء العملية، وكان الغرض حرمانهم من ممارسة الجنس حين استخدامهم في البيوت، اضافة الى انه كان يعتبر عقوبة للزاني عند المصريين وللسارق عند الاشوريين وللمخونة عند البابليين والفرس. وقد استعمله المسيحيون في القرون الوسطى لاولادهم ليصبحوا رهباناً ثم انتقلت هذه العادة الى بعض البلاد الاخرى في الشرق الاوسط.

---

[1] نيل الاوطار – المرجع السابق: ٦٢٢١.

والشريعة الاسلامية اعتبرت الخصاء جريمة يعاقب عليها لانه تعذيب لا يحل ان ينزل بانسان او حيوان وقد نهى عنه الرسول العظيم ﷺ.[1]

أقسام التعقيم:

ينقسم التعقيم باعتبار غايته الى ثلاث صور:[2]

الصورة الاولى: التعقيم العلاجي:

اذا ثبت طبياً ان الحمل يعرض حياة المرأة للخطر يجوز اجراء عملية لها تجعلها عقيماً مدى الحياة مادامت الخطورة مستمرة وفي هذه الصورة اذا تم التعقيم برضاء الزوجة او من ينوب عنها من ذويها، وتم القرار من الاطباء المختصين لا يسأل الطبيب والزوجة كل من ساهم في العملية لا في الشريعة ولا في القانون لا جزائياً ولا مدنياً، ما دامت الضرورة الصحية للمرأة تقضي ذلك ولا يوجد البديل: عملاً بالقاعدة الشرعية اذا تعارضت مصلحتان يقدم الاهم واذا تعارضت مضرتان او مفسدتان يختار اهونهما شراً لدفع اخطرهما. وفي غير البلاد الاسلامية اقر القضاء الفرنسي وانكلترا والولايات المتحدة باعتباره عملاً مبرراً بالضرورات الصحية واباحه بعض البلاد كايطاليا بالقانون.[3]

الصورة الثانية: التعقيم تنقية العرق:

وهو اجباري بموجب القانون في البلاد التي تأخذ به كالدنمارك والسويد والنرويج وفلندا وبعض الولايات الكندية وظهرت هذه الصورة في الربع الثاني من القرن العشرين لتطبيقها على المجرمين المعتادين والمنحرفين جنسياً والمصابين بالصرع واصحاب العقول المريضة.

---

(١) ....

(٢) الدكتور عبد الوهاب (المسؤولية الطبية الجزائية) جهة الحقوق والشريعة التي يصدرها كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت العدد ٢ لسنة (٥) ١٩٨١: ص١٦١ وما بعدها.

(٣) مرسوم تشريع صادر ١٢/آذار/١٦٤٢ الدكتور عبد ا لوهاب المرجع السابق.

واباحتها المانيا بالقانون سنة ١٩٣٣ للقضاء على دابر بعض الذين يشوهون نقاء العرق الالماني على حد زعمهم ولكن الفكرة الغيت بعد الهزيمة الهتلرية في الحرب العالمية الثانية.[١]

موقف الشريعة الاسلامية من هذه الصورة:

هو الرفض والتحريم لانها وسيلة غير مشروعة يقصد بها غاية مشروعة، وهذا غير جائز وفق قاعدة سد الذرائع، واذا كيفنا التعقيم في هذه الحالة بعدم وجود ضرورة تتيحه العاهة المستديمة. فانه يخضع لعقوبة هذه الجريمة في البلاد العربية، اضافة الى انه لا يوجد نص قانوني عربي واسلامي يبرره.

الصورة الثالثة: التعقيم لغرض تحديد النسل:

وهو تعقيم اختياري يسعى اليه بعض الناس لباعث يختلف باختلاف الاشخاص، وهو مشكلة هذا العصر بسبب الانفجار السكاني في العالم وأخذت بعض الدول ذات النمو السكاني كالهند وايطاليا والصين ومصر تشجع عليه.

موقف الشريعة الاسلامية:

وهو تحريم التعقيم بصورة الثلاثة مالم تقم ضرورة تجعله خاضعاً لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ وللقاعدة الشرعية المجمع عليها (الضرورات تجيز المحظورات) لان هناك نوعاً اخر منع الحمل يمكن اللجوء اليه لحل المشكلة وهو المنع المؤنث بوسيلة وقتية حتى اذا زال العذر يرجع الحكم الى اصله بناء على قاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع).[٢]

موقف القانون :

كما ذكرنا آنفاً لا يوجد في قوانين البلاد العربية نص يحرم منع الحمل باستثناء قانون العقوبات اللبناني النافذ الذي نص في (م٥٣٧) على ان (من اقدم باحدى الوسائل المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من (م٢٠٩) على وصف او اذاعة الاساليب الالية لمنع الحمل او لغرض ان يذيعها بقصد الدعوة لمنع الحمل عوقب بالحبس ثلاثة اشهر الى سنة وبالغرامة من ٢٥-١٠٠ ليرة) ونص (م٥٣٨) منه على انه

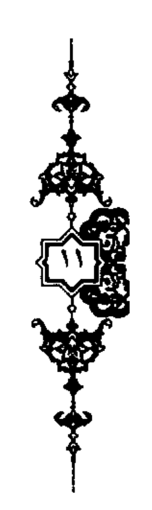
---

[١] لمزيد من التفصيل ينظر رسالة الماجستير (الاجهاض) للدكتور جاسم لفته.

[٢] جملة الاحكام العدلية المادة (٢٤).

(يعاقب بالعقوبة نفسها من باع او عرض للبيع او اقتنى بقصد البيع اي مادة من المواد المعدة لمنع الحمل او سهل استعماله بأية طريقة كانت).

نرى هذا القانون قد بالغ في منع الحمل، وقرر عقاب من هيأ وسائله وهذا عقاب على الجريمة قبل الشروع لعله كان متأثراً باتجاه الكنيسة التي تعتبر منع الحمل محرماً بصورة مطلقة في كافة انواعه.



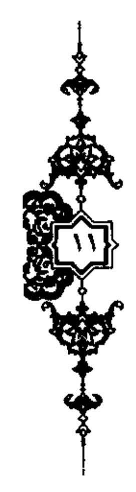
الفصل الحادي عشر

الاستنساخ والتعامل مع الجين البشري

نتناول الموضوعين في المبحثين الآتيين،

المبحث اللأول للإستنساخ،

والثاني للتعامل مع الجين البشري.





المبحث الأول
الاستنساخ

صورة من صور الغرس الخلوي وهو في لغة العرب ورد بعدة معان اقربها للمعنى الاصطلاحي احداث نسخة شيء مطابق لاصله مع بقائه.

والاستنساخ (التكرير) ترجمة لكلمة (Klon) المشتقة من اصل يوناني ومعناها البرعم الوليد او انتاج الوليد.

وفي الاصطلاح التقني ترجمة (Cloning) الانكليزية و(Clonage) الفرنسية وهي تعني استحداث كائن حي مطابق تماماً من حيث الخصائص الوراثية والفيزيولوجية والشكلية لكائن حي آخر بطريق التوالد اللاجنسي.[١]

آلية الاستنساخ:

تتم عملية الاستنساخ بأخذ خلية جسدية من كائن حي (انثوي) تحتوي على كافة المعلومات الوراثية وزرعها في بُييضة مفرغة من مورروثاتها،[٢] ليأتي الجنين (المخلوق) مطابقاً تماماً من كل شيء لصاحب الخلية.

وهذه الالية لا تحتاج الى حيوان منوي (الحيمن) للذكر ولا الى اللقاء الجنسي والشهواني بين الذكر والانثى.[٣]

وتعتمد هذه العملية على قتل نواة البيضة غير الملقحة بالاشعة وزرع خلية جسدية مكانها.

---

(١) أي لا يكون عن طريق اخصاب بيضة الانثى بحيمن الذكر لانه بهذه الطريقة يسمى التوالد الجنسي.

(٢) والسبب الداعي الى هذا التفريغ هو ان نواة الخلية الجسدية فيها (٤٦) صبغياً كروموسوماً ونواة البيضة فيها (٢٣) صبغياً فيكون المجموع (٦٩) وهذا يلغي العملية الغاءاً كاملاً لان أي خلل في عدد صبغيات من حيث الزيادة او النقصان ولو يصغي واحد يؤدي الى تكوين مولود مشوه او مخلوق آخر.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر الاستنساخ البشري بين الحقيقة والوهم للاستاذ أحمد ماهر الصوفي ط/١٩٩٧ – دار البيان ص١٤ ومايليها.

وفي ضوء الالية المذكورة للاستنساخ يكون التعبير الصحيح (الاستنسال) او (التنسيل) بدلاً من الاستنساخ ويسمى الكائن الناتج (النسيلة).

كيفية الاستنساخ (الاستنسال) اللاجنسي:

قام المختص البريطاني Dr. Ian wilananw من مؤسسة روزلين البريطانية (Roslin anstitute in Scoland). باحضار ثلاث نعجات وقام بمحاولة استنساخ نعجة رابعة كالاتي:

١-أخذت خلية جسدية[1] من النعجة المراد استنساخها وكانت بيضاء اللون ثم سحبت نواتها التي كانت تحتوي (٤٦) كروموسوماً، ووضع في وسط غذائي فقير يحتوي الحد الادنى من المواد الغذائية اللازمة لبقائها حية وكافية لنموها وانقسامها مما يؤدي الى ضمود العوامل الوراثية بغية السيطرة على تنشيطها في وقت مناسب.

٢-ثم اخذت بيضة من نعجة أخرى مغايرة في اللون وكانت ذات وجه اسود فازيلت نواتها (اي جردت من شفرتها الوراثية) فاصبحت مجرد مستودع غذائي.

٣-ثم زرعت الخلية الجسدية في البُييضة المزروعة النواة واجري الدمج بينهما عن طريق تسليط شحنة كهربائية اولى ثم تعزيزها بشحنة اخرى لاحقة لتحفيز هذه الخلية الجديدة على النمو والانقسام.

٤-عقب ستة اشهر من النمو والانقسام حدثت عدة خلايا وتكون منها جنين صغير للغاية.

٥-ثم زرعت في رحم نعجة ثالثة من نفس نوع نعجة صاحبة البييضة اي ذات وجه اسود يهدف التمييز.

٦-بعد نهاية مدة الحمل (١٥٠) يوماً ولدت النعجة وسميت دوللي (Dolly) وهو اسم مغنية وممثلة امريكية شهيرة بالجمال الفتان.[2]

٧-وتأريخ ميلاد دوللي صادف ٥ تموز ١٩٩٦ ولكن أعلن في ٢٧ شباط ١٩٩٧.

---

(١) تحضر خلية جسدية من أي جزء من اجزاء الجسم شريطة ان تكون الخلية مما يقبل الانقسام كالثدي.

(٢) قال الدكتور (بول سرحان) رئيس قسم العقم في مستشفى العقم في مستشفى كلية الطب البريطانية اثناء لقاء اجرته معه قناة الجزيرة في ٢٠٠١/١٢/١٢: ان نسبة نجاح علميات الاستنساخ البيولوجي نتراوح بين ١-٢ بالمئة.

وجدير بالذكر ان نجاح هذه التجربة كانت مسبوقاً ب(٢٧٦) تجربة مماثلة فاشلة.[1]

وهذه الطريقة للاستنساخ تسمى الاستخدام اللاجنسي وقد جرب هذه الاستنساخ قبل دوللي على الضفادع سابقاً.

صور الاستنساخ:

للاستنساخ البشري صور متعددة من حيث مصدر الخلية ومنها ما يلي:

أ- ان تكون البُييضة المنزوعة النواة من الزوجة والخلية الجسدية من زوجها ففي هذه الصورة يأتي الناتج ذكراً.

ب- ان تكون البُييضة والخلية الجسدية من امرأة واحدة فيأتي في هذه الحالة الناتج انثى.

ج- ان تكون البُييضة من امرأة والخلية الجسدية من رجل اجنبي.

د- ان تكون البُييضة من امرأة والخلية الجسدية من حيوان، فالناتج في هذه الصورة ليس بانسان ولا حيوان.

هـ- ان تكون الخلية من رجل والبُييضة من حيوان، فالناتج ايضا لا يكون انساناً ولا حيواناً.

والاستنساخ البشري في جميع هذه الصور ونحوها محرم شرعا، كما لم يُقره لحد الان اي قانون حسب ما اعلم.

وزعم البعض جوازه في الصورة الاولى في حالة العقم على اساس القاعدة الاصولية (ان الاصل في الحاجات الاباحة)، ولكن هذا الرأي خاطئ يصطدم مع روح الشريعة الاسلامية، لأن القاعدة المذكورة هي (أن الاصل في الاشياء النافعة الإباحة)، ومن الواضح ان الاستنساخ او الاستنسال البشري في جميع صوره مضر وفاسد، ومناف للقيم والاخلاق والنظام الالهي الذي حصر استمرار بقاء نوع الانسان في اللقاح بين حيمن الذكر وبُييضة الانثى .

---

[1] ينظر: الاستنسال (الاستنساخ) بين العلم والدين للطبيب محمود قاسم محمد، ص١٢.

تحريم الاستنسال (الاستنساخ) البشري في الشريعة الإسلامية :

من البدهي ان الشريعة الاسلامية هي عقيدة ونظام، وعلم وعمل، فهي دين الفطرة، وتدعو آيات القرآن اكثر من(٥٠) مرة الى استخدام العقل والتفكير لتطوير الحياة وتأمين مستلزماتها لتحقيق السعادة الدنيوية والاخروية، ولن تكون هذه الشريعة حجر عثرة امام الاكتشافات العلمية والمستجدات الطبية في الافاق وفي الانفس، كما قال سبحنه وتعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الأَفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾.[١]

لكن لهذه الشريعة العظيمة معايير موضوعية للتمييز بين الخير والشر، وبين النفع والضرر، وبين المصلحة المشروعة والمفسدة ونحو ذلك، فهي شريعة تاخذ بالاعتدال والوسطية في كل شئ، كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الأَفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾[٢]

فهي ترفض كل افراط[٣] وتفريط[٤] في جميع مجالات الحياة. وقد اقتصرت الشريعة الاسلامية في بيان الاحكام على الكليات، وخولت العقل البشري إرجاع الجزيئات الى تلك الكليات حسب متطلبات الحياة في كل زمان ومكان .

واخذت بنظر الاعتبار التفصيل في بيان حكم كل موضوع يتعلق بالحياة، ومن هذا المنطق علينا الاخذ بالتفصيل والتفريق بين الاستنسال (الاستنساخ) للحيوانات والاشجار والنبات والجينات، وبين الاستنسال (الاستنساخ) البشري .

ففي الحالة الاولى يجوز استنسال (استنساخ) كل حيوان يؤكل لحمه ويشرب لبنه او ينتفع به في مجال آخر.

وكذلك استنسال (استنساخ) الاشجار المثمرة والنباتات النافعة وكذلك الجينات كما يأتي في محله.

فيجب ان لا نتردد في القول بجواز هذه الاستنسال (الاستنساخ) لتنمية الثروة الحيوانية والزراعية وتحسين نوعيتها واستمرارية بقائها، وبوجه خاص الحيوانات المعرضة للانقراض .

---

(١) سورة فصلت /٥٣.

(٢) سورة البقرة / ١٤٣.

(٣) الافراط هوالتجاوز عن الحدود من جانب الزيادة.

(٤) التفريط هو التجاوز عن الحدود من جانب النقص.

اما بالنسبة للاستنسال البشري فإن الشريعة الاسلامية تطلب والعقل السليم يحكم بوجوب الوقوف ضد وضع التكثير البشري عن هذه الطريقة، وذلك لاسباب كثيرة منها مايلي :

١-حرمان المستنسل (المستنسخ) من اسرة ينتمي اليها. والاسرة خلية المجتمع ان صلحت صلح المجتمع وعمت الفضيلة، وان فسدت فسد المجتمع وسادت الرذيلة. فاذا مات المستنسل (المستنسخ)، من الذي يرثه؟ واذا مات غيره من الذي يورثه؟ من هو ابوه ومن هو اخوه او اخته؟ وبذلك ينعزل المسنتسل (المستنسخ) عن المجتمع بصفته عضوا يكون له الحقوق وعليه الالتزامات.

٢-الاستنسال البشري خروج عن النظام الالهي المقرر لبقاء نوع الانسان بما يليق بمنزلته بين الكائنات. فالنظام الالهي اللائق والملائم لمركز الانسان من حيث كيفية البقاء والاستمرار، هو ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الأنسَانَ مِن سُلالَةٍ مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾[١] وقوله تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ الأنسَانُ مِمَّ خُلِقَ، خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ، يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾[٢]

وغير ذلك من الايات التي حددت طريقة النسل وبقاء الانسان والعلاقات النسبية منها القرابة التي هي سبب لحق الميراث والالتزام بالانفاق.

٣-عدم وجود ضرورة تدعو الى الخروج عن الطرق الفطرية والاعتيادية لتكثير افراد الانسان، في وقت انصرف كثير من الأسر في العالم إلى تحديد النسل بطرق ميسرة لوضع حد للإنفجار السكاني.

٤-الاستنسال (الاستنساخ) البشري عامل مساعد على تكثير الاعمال الجرمية وعلى الهروب من يد العدالة، لان الاستنسال (النسخ) المكون من بييضة ومن خلية جسدية، يؤدي الى مطابقة الناتج تماما لصاحب الخلية بدون اي مميز. فلنفرض ان احد الناس من المستنسخين ارتكب جريمة في حالة قيام بنية، فكيف يُميز بين البرئ وبين الجاني حتى يلقى القبض على الثاني ويُحكم بتبرئة ساحة الاول، في حالة عدم وجود

---

[١] سورة المؤمنون / ١٢-١٤.

[٢] سورة الطارق / ٥-٧.

فارق يميز بينهما، او قيام بنية تشخص الجاني، ثم إن من أقوى أدلة الاثبات في التحقيقات الجزائية هو التفاوت في بصمات الاصابع، فإذا لم يكن هناك تفاوت تفقد العدالة اقوى دليل لتطبيقها.

٥- في الاستنساخ البشري تنزيل لمكانة الانسان الذي هو سيد المخلوقات الى منزلة الحيوانات من حيث الخلق والوجود، وهذا يتنافى مع تكريمه الذي بينه سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾.[1]

٦- القاعدة العامة بالنسبة لمشروعية النسل والتناسل هي (ان كل حالة يقحم فيها طرف ثالث على علاقة الزوجية سواء أكان رحما او حيمنا او غيرهما مرفوضة رفضا باتا في ميزان الشرع).

٧- لا تقاس عملية الاستنساخ على التلقيح الصناعي الذي هو مباح في بعض حالاتها وصورها للضرورة، كما ذكرنا، لانه قياس مع الفارق، فطفل الانابيب (التلقيح الصناعي) ثمرة اللقاح بين بُييضة الزوجة وحيمن زوجها، وتجتمع فيه الصفات الوراثية من جهة الزوجين معا، فهما ابوان شرعيان للمولود. ثم ان التلقيح في صوره المشروعة لا يحدث اي خلل في النسب الشرعي ولا فيما يترتب على القرابة النسبية من الحقوق والالتزامات.

٨- فيه جناية على حياة المستنسخ من الانسان، لانه ثبت علميا وعمليا ان حياته قصيرة اذا قيست مع الانسان الطبيعي، بدليل انه ظهرت الشيخوخة المبكرة للنعجة دوللي.[2] وبالاضافة الى ذلك فان الانسان المستنسخ معرض للتشوه والعاهات المستديمة.

٩- عملية الاستنسال (الاستنساخ) يكلف نفقات باهظة لا يوجد مبرر لتحملها، علما ان نسبة نجاحها لحد الان قليلة جدا، فالمحاولات والجهود التي بذلت لاستنساخ النعجة (دوللي) وصلت الى (٢٧٧) محاولة، اي ان النجاح كان بنسبة ١\٢٧٧ .

---

[1] سورة الاسراء / ٧٠.

[2] ينظر الاستنساخ بين العلم والدين للطبيب محود الحاج قاسم، ص١٢.

١٠- في الاستنساخ البشري تلاعب بهندسة الجينات ومعايير الموروثات ومخالفة لقوله تعالى: ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِندَهُ بِمِقْدَارٍ﴾[١] وقوله تعالى: ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾[٢] وقوله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، إِلَى قَدَرٍ مَّعْلُومٍ﴾[٣] وغير ذلك من الايات الاخر التي تدل على عدم مشروعية طريقة الاستنساخ البشري .

١١- في الاستنساخ البشري مغامرة بحياة الإنسان ومصالحه في سبيل السباق العلمي .

١٢- ان استنكاره العلمي من قبل رجال الدين[٤] والسياسة[٥]، والمنظمات الصحية[٦]، والقوانين الوضعية[٧]، والندوات والمؤتمرات العلمية[٨]، لبرهان قاطع على قبح الاستنساخ البشري، ومن البدهي ان كل قبيح محظور شرعا وقانونا في كل زمان ومكان.

اما بالنسبة لاستنساخ الجينات البشرية فيأتي تفصيل ذلك في المبحث القادم باذن الله .

---

(١) سورة الرعد / ٨.

(٢) سورة القمر / ٤٩.

(٣) سورة المرسلات / ٢٢.

(٤) من رجال الشريعة الاسلامية الشيخ الطنطاوي شيخ الازهر، والشيخ القرضاوي ، والدكتور وهبة الزحيل وغيرهم ممن يعتد برأيهم.
ومن رجال الديانة اليهودية الحاخام الاكبر لاسرائيل ميزلاد.
ومن رجال الديانة المسحيحية، بابا الفاتيكان –بولص الثاني- وبابا الاقباط الوين سنودة.

(٥) ومن رجال السياسة: بيل كلنيتون رئيس الولايات المتحدة الامريكية سابقاً، وجاك شيراك الرئيس الفرنسي والاتحاد الاوربي.

(٦) ومن المنظمات الصحية: المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية، ومنظمة الصحة العالمية.

(٧) ومن القوانين الوضعية الرافضة للاستنساخ البشري: القانون الاسباني رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٨ والقانون الالماني الصادر في ١٩٩٩/٣/٢٠.

(٨) كندوة دار البيضاء في المملكة المغربية وغيرها.

المبحث الثاني
التعامل مع الجين البشري

يقول سبحانه وتعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الأفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ﴾.[١]

وعد الله بني الانسان ان يطلعهم على بعض من خفايا الكون وخفايا انفسهم ليزدادوا ايمانا بانه الحق، ووعدهم بانه سيريهم عن طريق الاكتشافات العلمية اسرار الكون بوجه عام واسرار انفسهم بصورة خاصة، ولقد صدقهم الله وعده فكشف عنهم الكثير عن اياته الكونية في الفضاء من الكواكب والمجرات والمجموعات الشمسية وطبيعة كل ما يسبح في فلكه، فعرفوا ان كوكب الارض الذي كان يظنونه مركز الكون، إن هو الا ذرة صغيرة من الكون العظيم الذي لا تزال عقول علماء الفضاء حيارى اين يبدأ وأين ينتهي ؟..

وعرفوا ان أساس بناء الكون هو الذرة وان الذرة مصدر الاشعاع الكوني.

وعرفوا وحدة النواميس التي تربط كوكبهم بالكون الكبير، ولم تكن فتوحات العلم والمعرفة في اغوار النفس بأقل منها في جسم الكون، فعرفوا وظيفة كل عضو من اعضاء الجسم البشري والاسباب الصحية والمرضية والطرق العلاجية، فظهرت على بساط البحث والعمل اكتشافات منها طبيعية في الانفس البشرية ومنها في الافاق، وكل ذلك حدث على اساس وعد الله بأن يريهم اياته في الافاق وفي انفسهم .

ومن هنا يتبين لأولي الالباب ان الاسلام دين الفطرة كما قال تعالى: ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾[٢]. وانه دين العلم ودين مقتضيات العقل السليم ودين التطور والحضارة والتقدم، غير ان الجهل فصل بينه وبين هذه الامور .

فعلى كل مسلم ان ينظر الى المستجدات والمكتشفات العلمية بنور الايمان، وان لا يقف حجر عثرة امام التطور العلمي اذا لم يكن مساهما فيه، وان لا يكون متشائما وسلبيا ضد كل مكتشف علمي حديث، لأن كل حدث علمي في الماضي والحاضر والمستقبل سلاح ذو

---

(١) سورة فصلت / ٥٣.

(٢) سورة الروم / ٣٠.

حدين، فكما ان السلاح يُقتل به الابرياء ويُحمي به حقوق الناس في الحياة والعرض والمال وغير ذلك من المصالح الضرورية، كذلك المكتشفات العلمية لها جوانب ايجابية واخرى سلبية، فلنقم بالموازنة والمقارنة بين ايجابياتها وسلبياتها، ثم نتعامل معها على اساس جلب المنافع ودرء المفاسد .

وعلى هذا الاساس نحاول في هذا المبحث ان نستعرض اهم طرق معرفة احكام ما لا نص فيه عند علماء اصول الدين واصول الفقه وفلاسفة المسلمين، في اربعة مطالب، الاول في التعريف بالجين البشري لغة وشرعا، والثاني طريقة المصلحة، والثالث دوران الحكم مع علته، والرابع طريقة الحسن والقبح العقليين.

المطلب الأول
التعريف بالجين البشري لغة وشرعاً

لفظ الجين هل هو عربي او اجنبي؟

يرى جميع الباحثين انه ليس عربيا وانما هو مصطلح اجنبي، لكن في اعتقادي المتواضع انه مصطلح عربي في الاصل، رغم ان اليونانيين والرومانيين استعملوه بمعنى الاصل والمنبت، وبمعنى العشيرة المنحدرة من اصل مشترك، رغم ان هذا المصطلح لم يرد حسب ما اعلم في اي قاموس او معجم عربي.

والدليل الذي استند اليه في دعوى كون لفظ الجين البشري او الجينات عربيا في الاصل، هو ان كل كلمة عربية تجتمع فيها حرفا (ج) و(ن) تدل على شئ خفي غير مرئي وغير مشاهد بالعين المجردة، شانها شان لفظ الجين، ومن هذه الكلمات: لفظ (الجنين) يطلق على الولد ما دام في بطن امه لاستتاره في رحم الام، اما بعد ولادته فلا يُطلق عليه هذا اللفظ، وجمعه اجنة، كما قال تعالى: ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنشَأَكُم مِّنَ الأَرْضِ وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾[1]. ومنها (الجنة) للمكان الخفي غير المرئي المقرر للصالحين، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُواْ وَعَمِلُواْ الصَّالِحَاتِ أُولَـئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾[2] .

---

[1] سورة النجم / ٣٢.
[2] سورة البقرة / ٨٢.

ومنها (الجن) وهو عالم مخلوق وموجود وثابت مع انه لا يرى بالحس والمشاهدة، قال تعالى: ﴿قُل لَّئِنِ اجْتَمَعَتِ الإِنسُ وَالْجِنُّ عَلَى أَن يَأْتُواْ بِمِثْلِ هَـذَا الْقُرْآنِ لاَ يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا﴾[1].

ومنها (الجنون) وهو مرض خفي لايدرك بالحس المجرد يصاب به الانسان في عقله او دماغه، قال تعالى: ﴿فَذَكِّرْ فَمَا أَنتَ بِنِعْمَتِ رَبِّكَ بِكَاهِنٍ وَلا مَجْنُونٍ﴾[2].

ومنها (الجنف) للميل عن الحق خطأ، قال تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾.[3]

وقال ابن منظور[4] (فان لفظ ج ن هو موضوع لتستر).

يقال جننت الشئ في صدري اي اكننته وسترته، وغير ذلك من عشرات الكلمات العربية المتضمنة لحرفي (ج ن) وهي تدل على معنى لا يدرك بالحس او العين المجردة، لذا أرى ان لفظ (الجين) يرجع الى هذه الفصيلة في اللغة العربية .

الجين في اصطلاح علماء الاحياء:

وقد عرف بتعريفات متعددة منها: ان الجينات هي التي تحمل المعلومات او الصفات الوراثية الضرورية لبناء جسم حي وهي المسؤولة في كل ما يتوارثه من الصفات وجميع التعريفات تدور حول محور واحد وهو انه جزئي بيولوجي[5] يحمل الصفات الوراثية داخل الخلية.

والتعريف المختار هو ان الجين عبارة عن الوحدة الوراثية الوظيفية المسؤولة عن وظيفة معينة .

طبيعته:

اختلف في تكييفه والصواب انه شئ لانه ينطبق عليه تعريف الفلاسفة حيث قالوا: (الشئ هو كل ما يمكن ان يعلم ويخبر عنه)، ولكنه ليس ماليا قابلا للتعامل لانه جزء من

---

(١) سورة الاسراء / ٨٨.
(٢) سورة الطور / ٢٩.
(٣) سورة البقرة / ١٨٢.
(٤) لسان العرب، فصل الجيم حرف النون ١٦/٨٥١.
(٥) بيولوجيا علم الاحياء وعلم الكائنات الحية ينقسم الى علم الحياة وعلم النبات.

جسم الانسان والله كرم الانسان وحرم التعامل في كل ما يمس هذا التكريم.

الجين في القرآن:

اشار القران الكريم الى ان الجينات تنقل الصفات الوراثية من السلف الى الخلف، قال تعالى حكاية عن قوم مريم عليها السلام حين انجبت عيسى عليه السلام وهي بنت باكر غير متزوجة: ﴿فَأَتَتْ بِهِ قَوْمَهَا تَحْمِلُهُ قَالُوا يَامَرْيَمُ لَقَدْ جِئْتِ شَيْئًا فَرِيًّا، يَاأُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾[1].

ومضمون هاتين الايتين: هو ان سلوك الخلف اذا كان سيئا فقد ورثه من احد ابويه او كليهما عن طريق الجينات الوراثية، وليس من المستغرب ان يسلك الولد سلوكا جرميا اذا كان احد ابويه كذلك، وانما الغريب ان يتولد الصالح من الطالح والطالح من الصالح. وقال تعالى: ﴿وَقَالَ نُوحٌ رَّبِّ لا تَذَرْ عَلَى الأَرْضِ مِنَ الْكَافِرِينَ دَيَّارًا، إِنَّكَ إِن تَذَرْهُمْ يُضِلُّوا عِبَادَكَ وَلا يَلِدُوا إِلا فَاجِرًا كَفَّارًا﴾[2]، لان استعداد الفجور ينتقل عن الجينات الوراثية من السلف الى الخلف.

وهذا دليل واضح على ان في جسم الانسان جزيئات تتولى نقل الصفات الوراثية، وان القران الكريم اشار اليها قبل الاكتشافات العلمية بمئات السنين .

الجين في السنة النبوية:

قبل الاكتشافات العلمية الحديثة المتعلقة بتأثير الصفات الوراثية بمئات السنين، بين الرسول العظيم ﷺ هذا التأثير الجيني بلفظ يرادف الجين وهو العرق، فقال مخاطبا شباب امته حين اختيار شريكة حياتهم ((تخيروا لنطفكم فان العرق نزاع))[3] اي ينقل الصفات الوراثية ان كانت خيرا فخير وان كانت شرا فشر.

وقال في حديث اخر((تزوجوا في الحجر الصالح فإن العرق دساس))[4]، وسياق هذين الحديثين يدل على ان لفظ العرق يرادف لفظ الجين.

---

(١) سورة مريم / ٢٧-٢٨.

(٢) سورة نوح / ٢٧.

(٣) لأبن السبكي/ طبقات الشافعية الكبرى ٦/ ٣١٠.

(٤) الذهبي/ تلخيص العلل المتناهية ٢٠٦، العراقي/ تخريج الأحياء ٢/ ٥٣

المطلب الثاني
موقف الشريعة الإسلامية من حكم التعامل مع الجينات في ضوء الاكتشافات العلمية الحديثة

غير خاف على العقول السليمة ان لكل دولة في العالم دستورا يتناول المبادئ العامة والقواعد الكلية ويخول المشرع تشريع القانون، شريطة ان لا يتعارض هذا القانون مع الدستور، وهذا ما اطلق عليه دستورية القوانين، وفي بعض البلاد توجد محكمة عليا لرقابة دستورية القوانين.

كذلك القران الكريم بمثابة دستور خالد للأسرة البشرية، فهو لم يتناول أحكام الجزيئات وإلا لحصل فيه النقص التشريعي، لان النصوص متناهية والجزيئات المستحدثة غير متناهية، ومن البدهي أن المتناهي لا يحيط بغير المتناهي. لذا اقتصر القران على الكليات التي تحيط بالجزيئات والمستحدثات مهما كانت غير متناهية، وخول الله سبحانه وتعالى العقل البشري ارجاع الجزيئات الى تلك الكليات وامر الانسان في زهاء خمسين آية قرانية باستخدام العقل، وصنع للانسان اطارا من الاخلاق وامره بان يتحرك وينظم حياته بحسب متطلباتها ومستلزماتها في كل زمان ومكان، شريطة ان يكون هذا التحرك داخل ذلك الاطار الاخلاقي .

ولله تعالى في كل شئ وفي كل تصرف وفي كل واقعة حكم شرعي معين من الاحكام الشرعية التكليفية الخمسة وهي: الوجوب، والندب، والحرمة، والكراهة، والاباحة. وهذا الحكم منصوص عليه اما في القران او السنة النبوية او متروك للعقل البشري يكشفه بالاجتهاد عن طريق ارجاع الجزيئات الى تلك الكليات.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ﴾[1] والتنازع والخلاف في حكم شئ غالبا ما تكون في غياب النص، والرد الى الله هو الرد الى القران بارجاع الجزيئات الى كلياته لمعرفة احكامها، والرد الى الرسول هو الرد الى سنته بارجاع الجزيئات الى كلياتها عن طريق الاجتهاد.

والمجتهد مأمور بأن يتولى اكتشاف حكم الله الذي لم يرد بشانه نص خاص، فان وصل

---

[1] سورةالنساء / ٥٩.

اليه فهو مصيب وله اجران، اجر على عمله الاجتهادي واجر الى وصوله الى حكم الله. وان وصل الى حكم مغاير لحكم الله، فهو مخطئ فله اجر واحد على عمله الاجتهادي، وفق قول الرسول ﷺ: ((اذا حكم الحاكم –اي اذا اراد ان يحكم– فاجتهد ثم أصاب فله اجران واذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله اجر)).[1]

ومن تتبع النصوص الشرعية والقواعد العامة والاجتهادات العامة والقواعد الفقهية يجد ان اكتشاف حكم الله فيما لا نص فيه يكون باتباع احدى الطرق الثلاث الاتية: طريقة المصلحة، وطريقة دوران الحكم مع علته وجودا وعدما، وطريقة التحسين والتقبيح العقليين.

المطلب الثالث
طريقة استخدام المصالح

الطريقة الاولى هي طريقة علماء اصول الدين: وهي استخدام المصالح البشرية لمعرفة احكام الاشياء من التصرفات والوقائع والمستحدثات مما لا نص فيها، على اساس ان احكام الله معللة بالاغراض وهي مصالح بالنسبة للانسان ومقاصد بالنسبة للشريعة الاسلامية.

وهذه المصالح منها ضرورية ومنها حاجية ومنها كمالية، ومن المصالح الضرورية : حماية الدين وحماية الحياة وحماية العرض وحماية المال وحماية العقل، فهي ضرورية لكل مجتمع، فاذا اختلت واحدة منها اختل النظام في هذا المجتمع.

ومصدر وجوب الاستعانة بالمصالح البشرية لاكتشاف احكام الله فيما لا نص فيه هو قوله تعالى مخاطبا نبيه محمدا ﷺ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[2]، والرحمة في هذه الاية هي المصلحة البشرية وهي ذات جانبين: الجانب الايجابي، والجانب السلبي وهي المضرة المستدراة، سواء كانت هذه المصلحة مادية او معنوية دنيوية او اخروية.

وبناءا على ذلك فان الغاية من جميع الاحكام التي يكلف بها الانسان هي مقاصد الشريعة ومصالح الانسان، لان الله غني مطلق عن العالمين، فكل ما فيه المنفعة البشرية من المستحدثات والمكتشفات، حكمه هو الجواز والاباحة ما لم تكن هذه المنفعة على حساب

---

[1] صحيح مسلم كتاب الأقضية رقم الحديث ٤٤٨٧.

[2] سورة الانبياء / ١٠٧.

خسارة الغير او على حساب مس كرامة الانسان. وكل ما فيه مضرة فهو محرم ما لم تترتب على هذه المضرة منفعة اهم ومصلحة عامة كما في عقوبة الجاني، فهي مضرة له ولاسرته بل وللمجتمع ولكنها جائزة ومباحة لما فيها من حماية ارواح الابرياء واموالهم واعراضهم ، وفي ضوء هذه الطريقة اذا ثبت علميا وعمليا ان التعامل مع الجينات البشرية يحقق مصلحة عامة غير مقترنة بالمضرة والمفسدة فهو مباح والا فهو محرم. وقد يكون جائزا في بعض المجالات ومحرما في مجالات اخرى بحسب معيار المنفعة والمضرة.

وجدير بالذكر ان كون احكام الله معللة بالاغراض محل خلاف بين المذاهب الفلسفية الاسلامية كالاشعرية والمعتزلة والماتريدية، فمنهم من قال ان احكام الله ليست معللة بالاغراض والعلل الغائية، وعللوا رايهم هذا بانه لو كان حكمه (او فعله) تعالى لغرض من تحصيل مصلحة او دفع مفسدة لكان هو ناقصا لذاته مستكملا بتحصيل ذلك الغرض[1] .

ولكن الخلاف لفظي وشكلي من حيث انه اذا اريد بجلب المصلحة ودفع المفسدة ما يرجع الى ذاته سبحانه وتعالى فهو باطل، لان الله غني مطلق عن العالمين، ولو استغرقت حياة الاسرة البشرية في السجدة والطاعة لله منذ الخليقة الى نهاية الحياة على كوكب الارض، لما زادت ذرة من عظمة الله، ولو استغرقت في الزندقة والالحاد والتمرد عن اوامر الله ونواهيه لما نقصت من عظمة الله ذرة .

واذا اريد بجلب المصلحة ودرء المضرة والمفسدة بالنسبة الى عباده من بني الانسان فانه صحيح وثابت في النصوص القرانية التي تضمنت تعليل احكامها بالمصالح البشرية ، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ﴾.[2]

فحرف (في) في هذه الاية للتعليل أي ان علة ايجاب القصاص على الجاني المعتدي على حياة انسان برئ هي حماية حياة الابرياء، لان من عرف انه اذا قَتل قُتل لا يقدم غالبا على ارتكاب جرائم الاعتداء على الاشخاص.

وكذلك علل سبحانه وتعالى ايجاب اقامة الصلاة على عباده بانها موجبة لكسب طاقة روحية تقي الانسان وتحميه من السلوك الجرمي، فهذه الطاقة بمثابة المناعة ضد الامراض الاجتماعية الفتاكة، لذا قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلاَةَ إِنَّ الصَّلاَةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ

---

(١) شرح المواقف للعلامة القاضي عضد الدين والملة الأيجي وشرحه للسيد الشريف الجرماني وحاشية حسن جليل وحاشية مسعود الزواني، ٣/١٤٥.

(٢) سورة البقرة /١٧٩.

وَالْمُنكَرِ﴾[١] .

ويُستنتج من تعليلات الاحكام القرانية من الايتين المذكورتين وغيرهما، ان الغاية من تكليف الانسان بتنفيد اوامر الله واجتناب نواهيه هي المصالح البشرية من جلب منفعة ودرء مضرة، وينبني على ذلك ان لكل من توفرت فيه اهلية الاجتهاد ان يبني احكام المستحدثات والمكتشفات العلمية على المصالح البشرية وان يحكم ما فيه من النفع البشري فهو جائز ومباح وان ما فيه الضرر فهو محظور.

دوران الحكم مع علته:

الطريقة الثانية لاكتشاف احكام الله فيما لا نص فيه ، هي طريقة علماء اصول الفقه، وهي طريقة دوران الحكم مع علته وجودا وعدما، وكليات القران والسنة النبوية منها ما لايدرك عقل الانسان علتها، وهي الغالبة، وهذه العلة اما مذكورة في النص صراحة فتُسمى العلة المنصوصة فحكمها حكم النص الصريح في الحجية والالزام، ففي كل شئ تتحقق هذه العلة يتحقق الحكم الوارد في النص. ومنها مستنبطة يستنبطها المجتهد من روح النص ومغزاه، فكل جزئي من المستحدثات لم يرد بشأنه نص خاص، ولكن تحققت فيه علة حكم كليته يندرج تحت حكم هذه الكلية، على اساس قاعدة (الحكم يدور مع علته وجودا وعدما).

وعلى سبيل المثال والايضاح مع العلل الصريحة المنصوص عليها في كليات القران ما جاء في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[٢]. المراد بالاثم في هذه الاية هو الضرر بدليل مقابلته بالنفع، فالله سبحانه وتعالى لم يجب عن حكم الخمر والقمار وهو التحريم، وإنما اجاب بعلة حكمهما وهي المضرة المتغلبة على المنفعة، والحكمة في هذا الاسلوب الالهي هي تنبيه عقل الانسان على ان كل شئ في الحياة اذا كان ضرره اكثر من نفعه فهو محرم كتحريم الخمر والقمار، وبناءً على هذه القاعدة القرآنية والعلة المنصوصة، يكون حكم التعامل مع الجين البشري والاستنساخ وبتر وزرع الاعضاء البشرية وغيرها، هو التحريم اذا ثبت ان ضرره اكثر من نفعه او كان مساويا له، لان درء المفاسد اولى من جلب المنافع. كما ان هذه الاية الكريمة تدل

---

[١] سورة العنكبوت / ٤٥.

[٢] سورة البقرة / ٢١٩.

صراحة على تحريم التدخين، لأن ضرر التدخين اكثر من ضرر الخمر والقمار، فشارب الخمر ولاعب القمار يُضر نفسه وحده، اما المدخن فانه يُضر نفسه وجليسه، لانه يلوث الهواء المحيط به وبمن معه ويستنشقه الجليس الذي يسميه العلماء المختصون التدخين السلبي. يقول البروفسور الطبيب الفرنسي الشهير (كليرت لاغرو): اذا دخن شخص في غرفة يوميا اربعين سيجارة وكان فيه طفل رضيع، يعد هذا الطفل كأنه دخن عشر سجائر، أي ان نسبة ضرر جليس المدخن (٢٥٪) من ضرر التدخين وخطورته، وفي حالات تضارب المصالح يؤخذ في بيان حكم ما لا نص فيه بالمعايير الاتية :

١- تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فالخدمة الالزامية في الجيش لمدة محددة مصلحة وطنية عامة، تقدم على مصلحة المكلف في اعفائه من هذه الخدمة رغم عدم وجود عذر يبرر هذا الاعفاء، طبقا للقاعدة الشرعية العامة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام).

٢- تقدم المصلحة الاهم على المصلحة المهمة اسوة بالخلفاء الراشدين، حيث اوقفوا تطبيق عقوبة السرقات في سنة القحط والمجاعة، وعللوا بان في قطع يد السارق حماية الاموال وفي تركه حماية الارواح وحماية الارواح اولى بالرعاية من حماية الاموال، وذلك على اساس القاعدة الشرعية العامة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة العامة او الخاصة).

٣- يختار الضرر الاقل خطورة لدفع الضرر الاشد خطورة، فيجوز قطع العضو المصاب بالسرطان لسد انتشاره في سائر الاعضاء، بناءً على القاعدة الشرعية العامة (الضرر الاشد يُزال بالضرر الاخف).

٤- اذا تلازمت مضرة ومنعة بحيث لا يمكن انفكاكهما، يصرف النظر عن المنفعة لدرء المضرة، بناءً على القاعدة الشرعية العامة (درء المفاسد اولى من جلب النافع). لكن في هذه الحالة اذا كانت المنفعة اهم من منفعة ترك الضرر، فيصرف الضرر عن الضرر لاستجلاب المنفعة، فيجوز عقاب الجاني رغم كونه ضررا له ولاسرته وللمجتمع، لما فيه من منفعة اهم وهي حقوق الناس وارواحهم واعراضهم واموالهم وامنهم واستقرارهم.

ويمكن من هذا العرض للقواعد الشرعية ان تعد القواعد العامة من مصادر الاحكام فيما لا نص فيه، ولكن تطبيق القواعد العامة في هذا المجال يرجع الى تطبيق المصلحة، فالمصدر في الحقيقة والواقع هو المصلحة التي تتضمنها القاعدة العامة.

المطلب الرابع
التحسين والتقبيح العقليان

الطريقة الرابعة لاكتشاف حكم الله فيما لا نص فيه، طريقة التحسين والتقبيح العقليان، وهي طريقة الفلاسفة المسلمين من المعتزلة والماتريدية، فهي طريقة شرعية وفلسفية في وقت واحد، وهم يقولون: لاكتشاف حكم الله فيما لا نص فيه ينظر الى حسن التصرف وقبحه، ومن المعلوم ان حسن كل شئ يبنى على نفعه، كما ان قبح كل شئ يبنى على ضرره.

وقد بنوا على هذ الطريقة اصلهم القائل بأن العقل كاشف لاحكام الله فيما لا نص فيه، قبل الرسالات السماوية أو بعدها وقبل التبليغ، وقضوا بالمسؤولية الجزائية والمدنية على كل انسان لم يصله النص ولم يعلم به قبل الرسالة وبعدها، اذا ارتكب عملا غير مشروع وترتب عليه ضرر الغير.

وبناءً على هذا الأساس بإمكان العقل أن يدرك عن طريق الحسن والقبح العقليين، تصرفات الإنسان المتصفة بالأحكام الشرعية الخمسة الاتية :

١-الواجب هو الذي يكون فعله حسنا وتركه قبيحا، كالايمان بالله والعدل بين الناس.

٢-المحرم هو كل ما يكون فعله قبيحا وتركه حسنا، كالظلم وخيانة الامانة.

٣-المندوب هو كل ما يكون فعله احسن من تركه كزيارة المريض .

٤-المكروه هو كل ما يكون تركه احسن من فعله، كالتدخل في شؤون الغير بدون مبرر.

٥-المباح هو ما يكون حسنة وقبحه متساويين او لا يدرك فيه الحسن والقبح، كتخصيص ساعة معينة للنوم او القراءة او نحو ذلك.

هذه الطريقة الفلسفية هي التي تستخدم لتشريع القوانين الوضعية، وهي طريقة فضلى في اعتقادي، لان الشريعة الاسلامية في اوامرها ونواهيها لم تقل للانسان افعل هذا والعقل السليم يقول لا تفعله، ولم تقل لا تفعل هذا والعقل السليم يقول افعله، وهذا ثابت في نصوص القران الكريم والاحاديث النبوية لكل من لديه دراية بها ويملك العقل السليم .

والطرق الثلاثة المذكورة متقاربة لان كل واحدة منها مبنية على اساس نفع الانسان وضرره، فاذا تبث علميا وعمليا نفع اي مستحدث ومكتشف علمي في الحاضر والمستقبل، ولم يكن هذا النفع مقترنا بضرر اكبر او مساوٍ فهو مباح، وإلا فهو محرم .

والان نسأل المختصين في علم الجينات، هل في التعامل معها نفع بشري لا يجلب ضررا اكبر أو مساويا أو لا ، فعلى التقدير الاول التعامل مباح وعلى الثاني محرم.

ولكن الحكم على التعامل مع الجينات البشرية في الوقت الحاضر بالاباحة او التحريم سابق لأوانه للاسباب الاتية :

أولاً: الفكرة لم يتبلور نجاحها ونتائجها من الناحية العلمية ولا يزال الخلاف قائما حول كيفية التطبيق والمعوقات والخطورة المتوقعة في بعض الحالات، ولا تزال الفكرة في مرحلة الامنيات، فمنهم من يقول بالامكان ان تستخدم تقنية العلاج بالجينات في علاج الكثير من امراض الانسان والحيوان والنبات، ويرى هذا الاتجاه ان تقنية العلاج بالجينات فتحت امالا جديدة للتخلص من شبح الامراض الوراثية، ويتوقع هذا الاتجاه استخدام العلاج الجيني لمعالجة الامراض السرطانية وامراض الجهاز العصبي وامراض فقر الدم وامراض العوز المناعي الشديد كالإيدز وغيرها.

ويذهب انصار العلاج الجيني الى ان العلاج يكون بتبديل الجينات المعطوبة او تعويض الجينات المفقودة بجينات سليمة تعيد وظائف المعطوبة والمفقودة الى حيويتها وطبيعتها.

بينما يذهب اتجاه اخر متشائم الى خلاف ذلك، فيقول رغم الآمال والطموحات التي رسمها المختصون الباحثون في مجال العلاج الجيني، فان هناك علاجات جمة في ادخال الجين وايصاله الى الخلايا المستهدفة وتسخيره لاظهار فعله وضمان استمرارية عمله تحت نظام وسيطرة الجسم.

ويقول اصحاب العلاج المتشائم ان العلاج الجيني لا يخلو من مخاطر قد تنجم من خلال عمليات تطبيقية على مستوى الناقل للجين، وعلى سبيل المثال استخدام الفيروسات كنواقل قد تؤدي الى تنشيط فيروسات مرضية غير مكتشفة سابقا في جسم المريض، وبالتالي تؤدي بحياته او قد يؤثر على التركيبة الوراثية للمريض منشطا جينات خاملة، مما يؤدي الى اظهار آثار مرضية وقد تكون اكثر شدة وخطورة من المرض المراد علاجه، اضافة الى الكلفة الباهظة لعملية العلاج الجيني.

ثانياً: لا يزال مدى مس التعامل مع الجينات لكرامة الانسان وحرمة جسمه مجهول، وان الحكم على التعامل مع الجينات يتوقف على معرفة هذا المدى، لذا اكرر واقول ان الحكم على العمليات الجينية بالتحريم ١٠٠٪ او بالحل ١٠٠٪ سابق لاوانه.

محاسن ومساوئ التعامل مع الجين البشري في الوقت الحاضر:

وصل العلماء المختصون عن طريق التجربة والتوقعات المستقبلية الى ان للجينات محاسن ومساوئ.

أولاً : المحاسن:

يعد محاسن الجينات بوجه عام مايلي :

١-بالامكان انتاج هرمون الانسولين من الجينات لاستخدامه في علاج اضطرابات النمو لدى الاطفال، وعلاج التقزم، وبعض حالات العقم، ومعالجة مرض السكر عن طريق استخدام الجينات بالطرق المعروفة لدى المختصين.[١]

٢-عن طريق التجربة نجحت تقنيات الهندسة الوراثية في علاج كثير من الامراض الوراثية الناتجة عن نقص في الجينات او عيب اصابها، وذلك باخراج الجين المعيب او معالجته كما في الانيما الوراثية والتليف الحوصلي.[٢]

٣-معالجة الشيخوخة وامراضها، وهي تنجم عن تراكم الجزيئات التالفة في الخلايا، كما يؤدي الى تلف بعض الانسجة وضمور العضلات، لذا نجد ان كبار السن يعانون غالبا من امراض القلب او السرطان. وبالامكان القضاء على هذه الظواهر عن طريق استنساخ الخلايا الجديدة واستبدالها بالقديمة.

٤-بعد ان فشل الليزر في وضع حد لنمو الخلايا السرطانية وجد العلماء المتخصصون ان من الضروري اتخاذ طريقة جديدة لعلاج السرطان بادخال الجينات المضادة للاطقم الجينية الفيروسية بحيث تعمل على تدمير الطاقم الوراثي للفيروس.[٣]

٥-بالامكان معالجة الخلل الكليوي بدلا من العملية الجراحية لاستئصال كلية او زرع اخرى او التشريح الكليوي او الغسل الكليوي وهي عملية معقدة غير مأمونة العواقب، وذلك

---

[١] الاستاذ عبد الباسط الجمل: عصر الجينات نشر دار الرشاد ، القاهرة/ ١٩٩٨ ، ص١٢٠ ومايليها.

[٢] د. هدى صالح مهدي هماش: الهندسة الوراثية موسوعة علوم بغداد ١٩٨٧، ص١٠٤ ومايليها.

[٣] الاستاذ عبد الباسط عصر الجينات ،المرجع السابق، ص١٠١ ومايليها.

عن طريق ادخال جينات مكونة للنفوريات وهي وحدات الاخراج المؤولة عن عملية التشريح في الكلية او استنساخها او زرعها في حوض الكلية او تعديل طاقمها الوراثي بادخال انزيمات املاح خاصة بها.[1]

٦- علاج بعض الامراض المستعصية كمرض الايدز (او نقص المناعة) بادخال جينات مضادة للتوه الفيروسي او ادخال جينات لتجميد النشاط الفيروسي بتحويله الى بلورات صلبة.[2]

٧-انتاج أدوية قليلة الكلفة باستخدام الحيوانات والنباتات كمصانع لها عن طريق ادخال الجين البشري الذي ينتج المادة المطلوبة الى المادة الوراثية للحيوان او النبات.

وفي يوم ٩/٥/٢٠٠٧ اعلنت اذاعة (B.B.C) البريطانية بانه قد اكتشف الاطباء ان بالامكان علاج الامراض التنفسية والعقلية عن طريق استخدام الجينات ولكن لم تعطي تفصيلا حول كيفية هذا الاستخدام .

٨-استخدام الجين في المجال الاقتصادي لتحسين نوعية المنتوج الحيواني او الزراعي من حيث الغزارة والحجم او الطعم او نحو ذلك.

ولا يقف الامر عند هذا الحد بل يتعداه الى الانتاج الصناعي كايجاد بديل للنفط مثلا ومشتقاته في المستقبل، وقد اثبت باحثو علم النبات في جامعة ميونيخ ان بعض النباتات لها القدرة على تكوين ثمار ذات غدد راتينجية قادرة على افراز المواد البترولية وتكوينها واستخدامها كوقود قليل الكلفة وخال من التلوث .

٩-استخدام تقنيات الهندسة الوراثية في معالجة الخطر المحدق الذي يهدد مستقبل الحياة على كوكب الارض من وصول الاشعة فوق البنفسجية التي تؤدي الى اصابة الجسم البشري بانواع مختفلة من سرطان الجلد.

ومن الاخطار التي يتعرض لها سكان الارض في المستقبل هو انه بسبب عملية التلوث اخذت طبقة الاوزون بالتآكل وقد تنبه لهذا الخطر المختصون، فحاولوا معالجته باستخدام تقنية الجينوم، حيث استطاع فريق طبـي منهم تحويره الى سلالة بكتيرية تستطيع تحليل المواد الكيميائية المسببة لتآكل طبقة الاوزون.[3]

---

(١) الاستاذ عاطف عادل: الهندسة الوراثية الايصاء والمحاذير نقلاً عن اطروحة دكتوراه القانون التي كنت مشرفاً عليها الموسوعة (الحماية القانونية للجينات) للدكتور رافد خلف ص٣٣ ومايليها.

(٢) عبد الباسط ،المرجع السابق ص١١٥.

(٣) المرجع السابق ، ص٦٨ ومايليها.

ثانيا: مساوئ الجينات :

من المعروف ان هندسة الجينات بمثابة سلاح ذات حدين فاذا استخدمت في المجالات التي تنفع الناس صحياً او اقتصادياً او وقائياً يجب ان لا يكون هناك تردد بإباحه التعامل معها وفتح الذرائع أمامها.

اما اذا سخرت لمجالات تجلب الاضرار والويلات او تتنافى مع القيم والاخلاق ومكانة الانسان، فعلى كل ذي عقل سليم ان يقضي ضد هذا التعامل وان يرفضه ويسد جميع الابواب امام استخدام هذه الجينات، وقد ذكرنا نماذج من محاسن التعامل مع الجينات.

من مخاطر التعامل مع الجين البشري:

١-لا يستبعد المتخصصون خروج جين مرضي مدمر في المستقبل عن طريق فتح باب التعامل معه ويؤدي ذلك الى كارثة صحية او خلل في حياة سكان كوكب الارض في مجال من مجالات الحياة.

٢-قد يلجأ الجهات المعادية عن طريق الهندسة الجينية الوراثية الى انتاج اسلحة جينية فتاكة ذات دمار شامل وهذه التوقعات يطلق عليها العلماء المتخصصون (حرب الجينات). ويستشهدون في ذلك بما قام به الكيان الصهيوني منذ سنوات من محاولات تجربة جينات الكسل والخمول وتكثير الفئران ونحو ذلك مما يلحق الضرر المادي او الصحي بالسكان العالم العربي والاسلامي.

٣-من خلال الاطقم الوراثية بالامكان تحميل حشرة صغيرة او مكروب غير مرئي بطاقم وراثي لمرض السرطان او الطاعون او نحوهما، واطلاقه في مجتمع معين مما يؤدي الى تكاثره وبالتالي الى انتشار امراض ذات تداعيات سلبية وخطيرة.

٤-فتح باب الاستنساخ قد يؤدي الى الاستنساخ البشري لخلق انماط معينة من الناس يسيطرون على تقاليد الامور في المستقبل، بحث يكون من الصعب الوقوف ضد ما يحدثه ذلك من النتائج السلبية.

٥-السلاح النووي الذي يهدد الحضارة البشرية بالدمار والهلاك، كان للتعامل مع الجينات دور فعال بصورة مباشرة او غير مباشرة.

٦-قد يؤدي خطأ بسيط ممن يتعامل مع الجين البشري، الى حدوث كارثة لا تحمد عقباها، او تكوين فايروس يصعب مكافحته، لذا يجب ان يكون التعامل مع الجين مقروناً بحذر تام استبعاداً لنتائجه السلبية.





الفصل الثاني عشر

نماذج اخرى من اسباب الاباحة

حصرت القوانين الوضعية أسباب الإباحة في ثلاثة أنواع:

حق الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق.

في حين ان هذه الأسباب لم يحددها الشرع الإسلامي، كما جعل الضرر في الشرع والقانون، بدون حصر أسبابه.

وجعل كل ما فيه نفع الفرد أو المجتمع ولم يكن هذا النفع على حساب خسارة وضرر الغير:

وفيما يأتي نماذج من تلك الأسباب:



اولاً: الإذن

الإذن في اللغة: ورد بعدة معان، منها: العلم، وبهذا المعنى ورد في القرآن الكريم: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ...﴾[١] أي كونوا على علم. وبمعنى الاعلام، يقال: أذن به أي أعلمه به، وبمعنى الإستماع يقال: أذن اليه أي استمع[٢].

وفي الإصطلاح: هو الإباحة، والإذن يمكن أن يملكه المأذون من الشارع او المشرع[٣] أو من المالك، ويعد سبباً من أسباب الإباحة كالآتي:

١- الإذن من الشارع:

وهو: اما أصلي، اي بدون عذر أو استثنائي لعذر، فالإذن الاستثنائي بالنسبة لحقوق الله من أسباب الإباحة كالإذن باكل الميتة ولحم الخنزير وتعاطي المسكرات في حالة العطش وعدم وجود الماء والكفر تحت ضغط الإكراه ونحو ذلك.

اما بالنسبة لحقوق العباد كأكل المضطر مال الغير بدون اذن صاحبه، فإنه سبب من أسباب الرخصة وهي تسقط المسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية، فلصاحب المال ان يطلب من المضطر تعويضه، وعليه القيام بدفع هذا التعويض.

والقاعدة الشرعية العامة تقضي بأن الأصل في الاشياء النافعة الإباحة وفي الاشياء الضارة التحريم.

ومصدر هذه القاعدة القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾[٤].

وجه الدلالة أن (ل) في لكم للنفع كما أن (على) للضرر، وقد اجتمعتا في قوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾[٥] ولفظ (ما) من الاسماء الموصولة يفيد العموم

---

[١] سورة البقرة: ٢٧٩

[٢] لسان العرب: لابن منظور، فصل الألف وحرف النون.

[٣] التعريفات: للجرجاني (الشريف علي بن محمد) ص ١٦. تغيير (الشارع) يتعمل لله سبحانه وتعالى ولفظ (المشرع) يستعمل للسلطة التشريعية الزمنية ولا يستعمل لله لما فيه من التكلف والله منزه عنه.

[٤] سورة البقرة / ٢٩.

[٥] سورة البقرة / ٢٨٦.

لذاته، فيشمل كل ما هو موجود في الكرة الأرضية من الاحياء والجمادات فهي مباحة باذن الشارع مالم يتعلق بها حق العبد[١].

والخطاب في هذه الآية موجه للاسرة البشرية دون تخصيص او تقييد. ومضمونها هو ان الله خلق لانتفاع الإنسان ما في البر والبحر والفضاء من الكائنات الحية والجمادات.

ومن الواضح ان خلق الشيء لانتفاع الناس يستلزم أباحته لهم والا فلا معنى للانتفاع بدون الإباحة.

والإباحة الأصلية نوع من الأنواع الأربعة للاستصحاب [٢] كما يلي:

النوع الأول: الأصل في الاشياء النافعة الإباحة ما لم يكن دليل على خلاف ذلك.

النوع الثاني: البراءة الأصلية: فالأصل في الإنسان البراءة من كل التزامات جزائية ومدنية، لأنه يولد بريئا منها فعلى القاضي ان يعتبره ما زال ذلك البريء وقت الولادة حتى يثبت خلاف ذلك، وهذا هو أساس قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت ادانته). وقاعدة (البينة على المدعي[٣] واليمين على من انكر)[٤].

النوع الثالث: إذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي على القاضي ان يحكم ببقائه إلى زواله كالزواج والملكية.

النوع الرابع: الصفة الأصلية للاشياء: الأصل في الاشياء السلامة والعيب صفة عارضة، فإذا حصل الخلاف بين البائع والمشتري في عدم العيب قبل القبض، يصدق البائع لان الأصل هو السلامة والعيب عارض وخلاف الأصل.

٢- الاذن من المشرع:

اذن المشرع عن طريق القانون للمواطن بالانتفاع بالاموال العامة إباحة له مالم يكن مخالفا للنظام العام والاداب العامة كالإذن بالانتفاع بالمرافق العامة ومنها المستشفيات والانتفاع بالادوية المجانية.

---

[١] أن لا يصبح ملكاً خاصاً للعبد.

[٢] الاستصحاب هو الحكم باستمرار ما هو ثابت في الماضي ما لم يتم دليل على تغييره.

[٣] لانه يدعي ما هو خلاف الأصل.

[٤] لانه يدعي ما هو الأصل.

وكالانتفاع بالاراضي الاميرية وهي تنتقل منفعتها إلى الورثة بحسب القانون دون الشريعة، ويسمى ذلك حق الانتقال فلا فرق بين الذكور والاناث في انصبتهم.
اما الإذن المخالف للنظام العام والاداب العامة فلا يكون سبباً للإباحة في الشريعة الإسلامية كالإذن بفتح البارات في المحلات العامة لتعاطي المسكرات ولعب القمار ونحو ذلك.

٣- الإذن من المالك:

يعد اذن المالك ملكاً خاصاً من أسباب الإباحة إذا لم يخالف النظام العام والاداب العامة، كاذن صاحب الدار للضيف بتناول الطعام الذي يقدمه له، فهو اذن بالاكل والشرب دون الاخذ او الصرف به، وكاذن المعير بان ينتفع المستعير بالعين المعارة وفق الاتفاق او العرف، فالاعارة إباحة للمنفعة عند بعض الفقهاء وتمليك لها عند بعض، وفي الحالتين سبب من أسباب الإباحة.
اما اذن المريض للطبيب بان ينهي حياته تخلصاً من آلام مرضه، فهو لا يكون سبباً للإباحة، بل يُسأل الطبيب جزائياً إذا أخذ باذن المريض، لأنه لا يملك حياته ملكا تاماً، بل هي مشتركة بينه وبين المجتمع، لذا اجمعت القوانين والشرائع على تحريم الانتحار.
واذن المرأة لرجل ليس زوجاً لها بان يعاشرها جنسياً لا يبيح المعاشرة، لأنه مخالف للنظام العام والاداب العامة في الشريعة الإسلامية وفي أكثر القوانين في العالم.
اضافة إلى ذلك فإن إذن الشارع في امثال هذه القضايا يجب ان يتحقق مع الإذن الخاص لصاحب الحق.

ثانياً: الترجيحات:

الترجيحات في حالات تضارب المصالح بالمرجحات المشروعة تعد من أسباب الإباحة ومن صورها:

١. إباحة عقوبات الجناة ترجيحا لمصلحة المجتمع على مصلحتهم لحماية المصالح الضرورية (حفظ الدين والعرض والحياة والمال والعقل) للمجتمع ترجيحا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتهم وذويه.

٢. إباحة اجبار المواطن الذكر على أداء الخدمة الالزامية (خدمة العلم بالاصطلاح العسكري) إذا اكمل الثامنة عشر من العمر ولم يكن له عذر مشروع يحول دون ذلك، فمصلحة المواطن هي الانشغال بشؤونه الخاصة لكن تقدم المصلحة العامة على مصلحته.

٣. الجباية والضرائب وفق القانون من الامور المباحة من حيث انها موارد لخزانة الدولة العامة، وسبب الإباحة ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

٤. تحديد الاسعار في حالات ارتفاعها للاستغلال والجشع ترجيح للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

٥. حجز السيارات في حالات المخالفات لنظام المرور.

ومن صور الترجيح أيضاً ترجيح المصلحة الحقيقية على المصلحة الاحتمالية كما في الحالات الآتية:

١. التفريق بين المفقود وزوجته وفق الشروط المطلوبة، ففي هذه الحالة مصلحة الزوجة حقيقية ولكن مصلحة الزوج احتمالية، لان بقاءه في الحياة مشكوك فيه.

٢. الاجهاض لمصلحة حياة الام فهي حقيقية ترجح على مصلحة الجنين لأنها احتمالية.

ومن صورها أيضاً ترجيح الأهم على المهم، فيباح حجز اموال المدين وبيعها بالمزاد العلني لوفاء دين الدائنين.

ومنها ترجيح درء المفاسد على جلب المصالح إذا لم يكن جلب المصلحة أهم من درء المفسدة.

ومنها ترجيح اختيار الضرر الاخف لدرء الضرر الاشد كقطع العضو المصاب بالسرطان استبعاداً لانتشاره.

ثالثاً: اعتناق غير المسلم للاسلام

يعفيه من المسؤولية الجزائية والمدنية بالنسبة لما ارتكبه قبل الإسلام بالنسبة لحقوق الله (الحقوق العامة) دون الحقوق الخاصة.

ومصدر هذا الحكم القرآن والسنة النبوية:

أ- **القرآن الكريم:**

نص القرآن الكريم على الحكم المذكور في آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء الا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1].

في هذه الآية الكريمة نص على عدم مساءلة من نكح زوجة أبيه غير الام على اساس انها كانت من التركة في العادة الجاهلية، فمن فعل ذلك ثم اسلم يفرق بينهما ولكن لايعاقب على ما فعله قبل الإسلام.

وقوله تعالى: ﴿وأن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الاخْتَيْنِ الا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[2]. فمن جمع بين الاختين في الزواج قبل اسلامه يخير بين اختيار إحداهما وترك الآخرى، لان الجمع بينهما محرم في الإسلام يعاقب عليه الفاعل، دون أن يكون لهذا الحكم الأثر الرجعي بالنسبة لما قبل الإسلام.

وقوله تعالى: ﴿عفا اللّهُ عَمَّا سَلَف وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللّهُ مِنْهُ﴾[3]. وقوله تعالي: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُواْ إن يَنتَهُواْ يُغَفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[4].

ب- السنة النبوية:

اسلم رجل تحت عصمته عشر نسوة وبعد ان اسلم لم يسأل عن ترتيب زواجهن هل كان معا الذي هو باطل بالنسبة للكل إذا تم الزواج في حالة الإسلام او كان بصورة متوالية فيكون الزواج صحيحاً في الأربع الأولى وباطلا في الأكثر منها.

بل قال له الرسول ﷺ: ((أمسك أربعاً وفارق سائرهن)).

وكذا اسلم رجل آخر وقد جمع بين الاختين في الزواج قبل الإسلام فقال له الرسولﷺ، أمسك إحداهما وفارق الآخرى.

أما إذا كان عمل من اعتنق الإسلام مما يخالف النظام العام من موانع الزواج، كزواج إحدى المحرمات في الإسلام، فيجب التفريق بينه وبين زوجته.

وكذلك من يجب عليه القصاص قبل اسلامه فيجب الاخذ منه بعد الإسلام، لأن القصاص من الحقوق المشتركة والحق الخاص هو الغالب، فيؤخذ منه القصاص إذا لم يتنازل عنه ولي الدم.

---

[1] سورة النساء / ٢٢.

[2] سورة النساء / ٢٣.

[3] سورة المائدة / ٩٥.

[4] سورة الانفال / ٣٨.

رابعاً: الجهل بالحكم

الجهل عدم علم مَن مِن شأنه أن يتعلم فالتقابل بين الجهل والعلم تقابل بين العدم والملكة كالعمي والبصر فلا ينسب الجهل إلى ما ليس من شأنه العلم.

الجهل في الشريعة الإسلامية:

الجهل في الشريعة الإسلامية لا يعد من أسباب الإباحة إذا كان باستطاعة الجاهل ان يتعلم الحكم، اما إذا تعذر عليه هذا العلم فيكون من أسباب الإباحة، كمن دخل الإسلام وارتكب ما هو محرم في الإسلام ومباح في دينه السابق فلم يعلم تحريمه ولا بامكانه ان يعلمه لعدم وجود وقت كافٍ لهذه المعرفة.

اما إذا ارتكب ما هو محرم في دينه أيضاً كمن كان مسيحياً وارتكب جريمة الزنى بعد اعتناق الإسلام، فلا يكون الجهل بالنسبة اليه مانعاً من المسؤولية الجزائية، لان هذا العمل الشنيع جريمة في ديانة سيدنا عيسى ﷺ أيضاً.

ومصدر هذا الحكم هو القرآن الكريم في آيات منها قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا الا وُسْعَهَا﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[٢].

ولا يختلف القانون مع الشريعة الإسلامية في اعتبار الجهل عذراً إذا تعذر العلم حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون العقوبات العراقي القائم على انه (ليس لأحد ان يحتج بـجهله بأحكام هذا القانون او اي قانون عقابي آخر، ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة). وبناءً على ذلك استقرت التشريعات الوضعية على أن الجهل بالقانون لايقبل عذرا وبالتالي لا يكون سبباً للإباحة، سدا لذريعة الخروج على القانون بحجة الجهل به، بل اعتبر المشرع الوضعي أن مجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية بعد مضي فترة تكفي للاطلاع عليه، قرينة قانونية على العلم به فلا يقبل الاعتذار بالجهل لعدم مساءلة الفاعل جزائياً ومدنياً ويستوي في ذلك الجهل بذات القانون او بفهمه.

---

[١] سورة البقرة / ٢٨٦.

[٢] سورة القصص / ٥٩.

اقسام الجهل من حيث التاثير ثلاثة:

١. جهل لا يصلح عذراً ولا شبهة كجهل الإنسان بذات الله، لان الايمان بالله واجب عقلي قبل ان يكون واجباً شرعياً، فعلى كل إنسان بالغ عاقل الاستدلال بالبرهان اللمي (الاستدلال بالأثر على وجود المؤثر) على وجود الله الخالق لكون عظيم، لا يزال علماء الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي.

٢. جهل يصلح شبهة فتُدرأ به الحدود كحد المسكرات دون حد الزنى، لأنه محرم في جميع الاديان.

٣. جهل يصلح سبباً للإباحة في حالة تعذر العلم بكون الفعل جريمة.

ربِّ زدني علما وألحقني بالصالحين